L. Arnold

Karl

L Arnold

Karl

setzbuche

echtes

hr. v. Völderndorff,

m Handelsappellationsgerichte
in Nürnberg.

Enke.

Kommentar

zum

Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche

mit Ausschluß des Seerechtes

von

Dr. Aug. Anschütz,
ord. Professor der Rechte an der Universität Halle.

und

Dr. Frhr. v. Völderndorff,
Rath am Handelsappellationsgerichte in Nürnberg.

Zweiter Band.

Erlangen, 1870.
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

Gedruckt bei U. E. Sebald in Nürnberg.

Zweites Buch.

Von den Handelsgesellschaften.

Artikel 85—249.

Einleitung.

Brinckmann §. 34—36. Thöl §. 34—37. Endemann §. 32, 33. Auerbach, das neue Handelsgesetz I. Abthl. Abschnitt XII. — Auerbach, das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftlicher Hinsicht. Frankfurt a. M. 1861. Ladenburg, über Handelsgesellschaften, in Goldschmidt's Zeitschrift Band I S. 132. Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Pekulium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften, in Goldschmidt's Zeitschrift Band IV S. 499. Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften in Goldschmidt's Zeitschrift Band VI S. 177. Endemann, Betrachtungen über die heutige Erwerbsgesellschaft, in der Deutschen Vierteljahrschrift Band XII S. 195. Schäffle, Gesellschaft, in Bluntschli's Staatswörterbuch Band IV S. 251.

§. 1.

Vor dem Erscheinen des allgemeinen deutschen HGBuches wurden in der Theorie wie in der Praxis, und zwar sowohl in juristischer wie in volkswirthschaftlicher Hinsicht, regelmäßig folgende drei Arten von Handelsgesellschaften unterschieden: 1) die offene Handelsgesellschaft, 2) die stille Gesellschaft, 3) die Aktiengesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft hieß auch die Kollektivgesellschaft, von der französischen Bezeichnung société en nom collectif. Die stille Gesellschaft wurde noch häufiger Kommanditgesellschaft genannt, von der französischen Benennung société en commandite, beide Ausdrücke galten für völlig identisch.

Das gemeinsame charakteristische Merkmal sämmtlicher Arten von

Handelsgesellschaften erblickte man darin, daß sie Vereinigungen zum Betriebe eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes seien, aus diesem Grunde rechnete man die sogenannte partikulare oder Gelegenheitsgesellschaft, die Vereinigung mehrerer zu einem oder mehreren Conto-meta-Geschäften, nicht zu den Handelsgesellschaften.

An dieser juristischen Terminologie hat nun das D. Handelsgesetzbuch zunächst die Aenderung bewirkt, daß die Ausdrücke stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft nicht mehr identisch sind, daß vielmehr mit diesen beiden Ausdrücken zwei völlig verschiedene Arten von Gesellschaften bezeichnet werden. Es bildet nämlich gegenwärtig nur noch die Kommanditgesellschaft eine Unterart der Handelsgesellschaften, und nur von dieser wird im zweiten Buche des Gesetzbuches gehandelt. Die stille Gesellschaft dagegen wird im HGB. überhaupt nicht mehr zu den Handelsgesellschaften gezählt, weil das Gesetzbuch mit diesem Ausdrucke ein Rechtsverhältniß bezeichnet, welchem gerade das charakteristische Moment der Handelsgesellschaften, nämlich die Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Handelsgewerbe fehlt: der stille Gesellschafter des Handelsgesetzbuches betheiligt sich am Betriebe des Handelsgewerbes eines Dritten (Art. 250) und es entsteht zwischen beiden kein gemeinschaftliches Etablissement. Deshalb wird von der stillen Gesellschaft auch nicht im zweiten Buche, sondern in einem besonderen dritten Buche gehandelt, in welchem die stille Gesellschaft mit der partikularen Gesellschaft oder der Vereinigung mehrerer zu einzelnen gemeinschaftlichen Handelsgeschäften zusammengestellt ist. Demnach sind die stille Gesellschaft und die partikulare Gesellschaft zwar Gesellschaften von handelsrechtlichem Inhalte, aber sie sind keine Handelsgesellschaften.

Ist es für die Wissenschaft erlaubt, den Ausdruck Handelsgesellschaft in einem weiteren Sinne als in dem des HGBuches zu nehmen, so wird man die beiden letzterwähnten Gesellschaftsarten die uneigentlichen Handelsgesellschaften nennen. Zu dieser letzteren Klasse würde man ferner auch noch diejenigen handelsgewerblichen Vereinigungen zählen können, welche der Vorschrift des Art. 10 des HGB. unterliegen und welche zufolge eben dieser Vorschrift nicht als Handelsgesellschaften (im Sinne des Gesetzbuches) gelten sollen: die Vereinigungen zum gemeinschaftlichen Betriebe des Handelsgewerbes der Höker, Trödler, Hausirer und von dergleichen Handelsleuten von geringem Gewerbebetriebe, ferner der Wirthe, gewöhnlichen Fuhrleute, gewöhnlichen Schiffer und solcher Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht [1]).

---

[1]) Vgl. Band I S. 88.

§. 2.

Das Gesetzbuch enthält keinen Abschnitt über die Handelsgesellschaften im Allgemeinen, sondern geht sofort auf die einzelnen Arten derselben ein. Die Zusammenfassung derjenigen Bestimmungen, welche allen Handelsgesellschaften gemeinsam sind, ist der Doktrin überlassen worden.

Hierdurch unterscheidet sich das HGB. wesentlich vom preußischen Entwurfe. Derselbe hatte dem zweiten Buche einen Titel über die Handelsgesellschaften im Allgemeinen vorausgeschickt, welcher jedoch nach langer und wiederholter Debatte von der Nürnberger Konferenz gestrichen worden ist. Die wichtigsten unter jenen Artikeln des Entwurfes waren folgende:

Art. 87.

Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben.

Art. 88.

Das Vermögen einer Handelsgesellschaft haftet den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters haben nur auf dasjenige Anspruch, was demselben bei der Vertheilung des Gewinnes und der Auseinandersetzung zufällt.

Art. 89.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, muß gleich jedem andern Gesellschafter alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten anerkennen.

Art. 90.

Der ordentliche Gerichtsstand einer Handelsgesellschaft ist bei dem Handelsgerichte des Bezirkes, in welchem die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat.

Vergleicht man diese Bestimmungen des Entwurfes mit denen des HGBuches, so ergibt sich, daß jene Artikel zwar in ihrer allgemeinen Fassung verworfen worden sind, daß sie aber theils unverändert, theils modifizirt in einzelnen Bestimmungen über die einzelnen Arten der Handelsgesellschaften wiederkehren[2]). Dem Art. 90 des Entwurfes entsprechen im HGB. die Art. 111 Abs. 2, 164 Abs. 2, 213 Abs. 2; dem Art. 89 die Art. 113, 166; dem Art. 88 die Art. 122, 169. Fast unverändert kehrt der Art. 87

---

[2]) Vgl. S. 11 dieses Bandes.

des Entwurfes in Art. 213 des HGB. bei der Aktiengesellschaft wieder („die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden"). Dagegen ist eben jener Art. 87 in seiner Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft (Art. 111) im HGB. wenigstens dem Wortlaute nach modifizirt, denn der Art. 111, und entsprechend auch der Art. 164, lautet:

> „Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden[3])."

In der That war es auch hauptsächlich der Art. 87 des Entwurfes, welcher die Veranlassung zur Verwerfung des ganzen allgemeinen Titels in der Konferenz gab. Die Verwerfung erfolgte, weil die Mehrheit die Frage der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften, die man in dem allgemeinen Titel des Entwurfes und speziell im Art. 87 bejaht fand, entweder geradezu verneinte oder sie doch mindestens nicht ausdrücklich bejahen wollte[4]).

§. 3.

Mit dieser Verwerfung erscheint nun aber die Frage selbst keineswegs endgültig entschieden. Läßt sich nachweisen, daß das allgemeine deutsche HGB. rücksichtlich der Handelsgesellschaften gewisse Bestimmungen getroffen hat, welche als wesentliche Konsequenzen aus dem Prinzipe der juristischen Persönlichkeit erscheinen, so bedarf es zur Annahme der juristischen Persönlichkeit nicht auch noch des weiteren Nachweises, daß das Prinzip vom Gesetzgeber auch formell anerkannt worden sei. Es verhält sich in diesem Falle wie mit den Bestimmungen über die dinglichen Rechte. Wenn in einem Gesetze einem bestimmten Rechtsverhältnisse, so dem Pachtrechte, dem Vorkaufsrechte, dem Rechte aus der Muthung eines Bergwerkes, die wesentlichsten Attribute der dinglichen Rechte beigelegt sind, so wird man dieses Rechtsverhältniß

---

[3]) Mit Recht hebt Auerbach, das neue Handelsgesetz I. Abth. S. 94 hervor, daß der Unterschied in der Wortfassung der Art. 111 (164) und 213 mehr als ein äußerer, unwesentlicher erscheine. Vgl. unten Anm. 9.

[4]) Bei den Berathungen der Nürnberger Kommission ist man wiederholt auf diese Frage zurückgekommen und die Protokolle enthalten über dieselbe ein reiches Material. Prot. Bd. I S. 154—161, 176, 187—189, 197—204, 214—230, 268, 274—284. Band II S. 1027, 1133—1144. Band IX S. 4520—4527, 4638—4639.

auch dann für ein dingliches erklären müssen, wenn die formelle Bezeichnung desselben als ein dingliches im Gesetzbuche fehlt, ja selbst dann, wenn sich etwa aus den Vorverhandlungen des Gesetzes ergeben würde, daß der Gesetzgeber jenes Rechtsinstitut nicht für ein dingliches erklärt wissen wollte. Es würde im letzteren Falle gewissermaßen eine Antinomie zwischen der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers und dem konkreten Inhalte des Gesetzes vorliegen; man würde sagen müssen, der Gesetzgeber habe die Absicht gehabt, die dingliche Natur des Rechtsinstitutes zu verneinen, aber nachdem er dasselbe juristisch so gestaltet, wie es im Gesetzbuche vorliegt, habe er jene Absicht nicht ausgeführt. Der Richter aber hat sich an das Gesetz in der Gestalt zu halten, wie es vorliegt, nicht an diejenige Gestalt, die es erhalten sollte und nicht erhalten hat.

Mit der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften nach dem HGBuche verhält es sich ganz analog. Wenn man zur Entstehung einer juristischen Person eine Rechtsvorschrift verlangt, sei es in Form eines allgemeinen Rechtssatzes oder einer speziellen, für den einzelnen Fall ertheilten Konzession, so darf darunter mit nichten nur eine solche gesetzliche Vorschrift verstanden werden, welche bestimmten Vereinen und Instituten die „juristische Persönlichkeit", die Eigenschaft als „juristische Person" oder die Korporationsrechte ausdrücklich beilegt. Zwei Fälle sind vielmehr zu unterscheiden:

1) Allerdings können die Bezeichnungen „juristische Person, Korporation, Korporationsrechte" in den entscheidenden Gesetzen ausdrücklich gebraucht sein und werden thatsächlich darin auch vielfach gebraucht; ist dies gegenüber bestimmten Vereinen oder Sachgesammtheiten geschehen, so liegt alsdann der Fall der **direkten** gesetzlichen Anerkennung der juristischen Persönlichkeit vor. Allein die Anerkennung kann

2) auch eine **indirekte** sein, sie kann, ohne daß die Bezeichnung als juristische Person oder Korporation rücksichtlich eines bestimmten Rechtsinstitutes oder Rechtsverhältnisses in den Gesetzen ausdrücklich gebraucht ist, gleichwohl in der gesammten rechtlichen Behandlung enthalten sein, welche einem bestimmten Institute oder Rechtsverhältnisse in den Gesetzen selbst zu Theil geworden ist [5]).

Hat eine Gesellschaft als solche selbständig Rechte und Pflichten, erscheint der Verein als solcher als Eigenthümer und dinglich Berechtigter, als Gläubiger und Schuldner, als Kläger und Verklagter, so hat das Recht

---

[5]) **Anschütz** in **Bekker's** und **Muther's** Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts Band III S. 414 f.

dadurch die selbständige Persönlichkeit solcher Vereine schon anerkannt, und es ist nur Aufgabe der Jurisprudenz, die rechtliche Gestaltung eines solchen Vereines auf das leitende Prinzip zurückzuführen und den Satz auszusprechen, daß ein solcher Verein personae vice fungitur [6]).

Wenn die wesentlichsten charakteristischen Kennzeichen der juristischen Persönlichkeit in den einzelnen Rechtsvorschriften über ein bestimmtes Rechtsinstitut wiederkehren, so ist auf indirektem Wege die juristische Persönlichkeit desselben vom Rechte selbst so gut und so voll anerkannt als im Falle einer direkten und ausdrücklichen Ertheilung der Korporationsrechte [7]).

§. 4.

Darüber aber, daß in gewissen einzelnen Bestimmungen des HGB. die Anerkennung der Handelsgesellschaften als juristische Personen enthalten sei, besteht kein allgemeines Einverständniß. Nur rücksichtlich der Aktiengesellschaft wird die juristische Persönlichkeit ziemlich allgemein zugestanden; bei dieser Art der Handelsgesellschaften war schon vor dem A. D. HGB. die Annahme der juristischen Persönlichkeit erleichtert durch die partikularrechtlich vorgeschriebene und auch sonst übliche Einholung der staatlichen Konzession, mit deren Ertheilung die Verleihung von Korporationsrechten in der Regel ausdrücklich verbunden war [8]). Rücksichtlich der offenen

---

[6]) Unger, zur Lehre von der juristischen Person, in der Münchener Kritischen Ueberschau Band VI S. 154. Anschütz a. a. O. Vgl. auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes Band I §. 60.

[7]) Deshalb bezeichnen auch die Motive zum preuß. Einf.-Gesetze (S. 41) die Frage, ob nach dem A. D. HGB. die Handelsgesellschaften juristische Personen seien, als eine offene, deren Lösung der Jurisprudenz überlassen sei.

[8]) Auch v. Gerber (System des d. Privatrechtes 9. Aufl. §. 195 Anm. 5), welcher im Uebrigen die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften in Abrede stellt, ist der Ansicht, daß wenigstens bei der Aktiengesellschaft eine theilweise Verwendung des Prinzipes der juristischen Person nicht entbehrt werden könne. A. M. Thöl §. 44 Anm. 5, welcher seine Ansicht, daß kein Bedürfniß vorhanden und es unnatürlich sei, der Aktiengesellschaft die künstliche juristische Person zu substituiren, auch seit dem Erscheinen des A. D. HGB. nicht geändert hat (vgl. §. 47a Nr. III). — Die Motive zum preuß. Einführungsgesetze Art. 12 §. 5 Anm. 35 (S. 30, 31) bemerken, die Aktiengesellschaften seien zwar nach dem früheren preuß. Rechte juristische Personen gewesen, (Preuß. Gesetz v. 9. Nov. 1843 §. 8: „Aktiengesellschaften erlangen durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen",) das HGB. habe aber an keiner Stelle bestimmt,

Handelsgesellschaft sowie der Kommanditgesellschaft und der Aktienkommanditgesellschaft ist dagegen die Frage, ob dieselben die Eigenschaft juristischer Personen haben, bestritten geblieben [9]), und zwar weniger in der gerichtlichen Praxis, welche sich im Allgemeinen mehr zur Annahme der juristischen Persönlichkeit hinneigt [10]), als in der Doktrin [11]). Diese folgt zum Theile auch seit dem Erscheinen des A. D. HGB. noch dem älteren sogenannten Vertrags- oder Sozietätssysteme, welches auch bei den Handelsgesellschaften von der römischen Sozietät ausgeht und die zahlreichen Modifikationen der letzteren zwar zugibt, dieselben aber nur als Modifikationen der Sozietätslehre auffaßt und dieselben unter Benutzung anderer Vorschriften aus dem römischen Obligationenrechte zu erklären sucht. Daneben herrscht noch ein gemischtes oder Utilitätssystem, mit welchem Ausdrucke man

---

daß die Aktiengesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person habe. Diese Ausführung, welche wörtlich in den Kommentar von Koch zum HGB. Art. 111 Anm. 40 a. E. und zum preuß. Einführungsgesetze Art. 12 §. 5. Anm. 35 übergegangen ist, hält sich an die rein äußerliche Erscheinung, daß das HGB. die Aktiengesellschaften so wenig wie die übrigen Handelsgesellschaften, ausdrücklich für „juristische Personen" erklärt hat. Damit ist aber die Frage noch nicht abgethan und dieselben Motive zum preuß. Einf.-Gesetze erklären an einer anderen Stelle (S. 41) die Frage, ob aus den Grundsätzen, die das HGB. über die Handelsgesellschaften aufgestellt hat, nothwendig die Voraussetzung der juristischen Persönlichkeit derselben folge, selbst für eine offene; vgl. Anm. 7.

9) Unter Anderem hat man sich für diese Trennung der Aktiengesellschaft von den übrigen Handelsgesellschaften auch auf die Verschiedenheit der Wortfassung im Art. 111 (164) und Art. 213 berufen. Daß aber diese Verschiedenheit eine mehr äußerliche und unwesentliche ist, ist schon oben hervorgehoben worden. Vgl. Anm. 3. Durch die Fassung des Art. 213 „ist die Selbständigkeit der Aktiengesellschaft nur prägnanter und bestimmter ausgedrückt, die der anderen Sozietäten dagegen nicht verneint". Auerbach, das neue Handelsgesetz I. Abth. S. 95.

10) Vgl. z. B. das Erk. des Obertribunales zu Berlin v. 18. Mai 1866 in Busch, Archiv Bd. X S. 312: „Jede Handelsgesellschaft hat wesentlich Rechte einer juristischen Person mit den derselben eigenthümlichen Vermögensrechten." Ferner das Erk. des O. A. Ger. zu Dresden v. 14 Sept. 1865, Busch Archiv Bd. IX S. 392.

11) Vgl. die trefflichen kritischen Bemerkungen von Heusler jun. in der Zeitschrift f. schweizerisches Recht Bd. XIII (1865) S. 194 ff. Der Verfasser gibt eine Kritik des Entwurfes eines schweizerischen HGB. und geht dabei auch auf das A. D. HGB. und dessen Literatur ein.

im Wesentlichen diejenige Richtung bezeichnen kann, welche zwar zugibt, daß die juristische Konstruktion der Handelsgesellschaften, und zwar auch der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, auf ein von der gewöhnlichen Sozietät mehrfach verschiedenes Institut hinführt, und daß die Handelsgesellschaften im Einzelnen Manches mit den juristischen Personen gemein haben, welche aber diese Besonderheiten der Handelsgesellschaften nach dem A. D. HGB. gleichwohl nicht auf ein allgemeines juristisches Prinzip, sondern, wie die Mehrheit der Nürnberger Kommission selbst, lediglich auf gewisse Rücksichten der Zweckmäßigkeit zurückführen will [12]).

---

[12]) Beide Standpunkte, das Sozietäts- und das Utilitätsprinzip, gehen mehrfach in einander über. Der Sozietätsstandpunkt wird am strengsten festgehalten von Thöl §. 38, §. 44 Anm. 5, §. 47 a (s. die Anm. 8); dann von Gerber, System des d. Privatr. §. 195 Anm. 5, §. 196 Anm. 13 (s. ebenfalls die Anm. 8), welcher nur rücksichtlich der Aktiengesellschaft zugibt, daß eine theilweise Verwendung des Prinzipes der juristischen Person nicht entbehrt werden könne, während er im Uebrigen die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften entschieden verwirft. Die offene Handelsgesellschaft ist nach Gerber nur ein charakteristisches Beispiel des Sozietätsgedankens und die im HGB. aufgenommenen Modifikationen sind nicht Konsequenzen aus dem ausdrücklich verworfenen Prinzipe der juristischen Persönlichkeit, sondern es sind selbständige, aus materiellen Gründen aufgenommene Ausnahmebestimmungen. Gegen das ältere Vertragssystem wendet sich v. Hahn, Komment. Bd. I S. 261—274; derselbe gibt zwar zu, daß alle Rechtssätze des preuß. Entwurfes, zu deren Begründung man zur Aufstellung des Prinzipes der juristischen Persönlichkeit gegriffen hatte, durch das HGB. als selbständige Rechtssätze anerkannt worden sind, er gibt aber das Prinzip selbst nicht zu. v. Hahn gelangt vielmehr zu einem aus Utilitätsrücksichten modifizirten Sozietätssysteme, als dessen Prinzip bezeichnet wird: „die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, daß über die im Gesellschaftsfonds befindlichen Aktiven nur zu gesellschaftlichen Zwecken verfügt werden dürfe, ist auch Dritten gegenüber wirksam." Hiermit nähert sich v. Hahn sehr erheblich der Theorie des s. g. Zweckvermögens. Auch Auerbach, das neue Handelsges. Bd. I S. 91, bezeichnet eine jede Handelsgesellschaft als einen selbständigen Vermögenskomplex, der den Rechtsverhältnissen der Gesellschaft vorzugsweise oder ausschließlich zur Grundlage diene; indeß spricht sich derselbe an anderen Stellen wiederholt auch für die vermögensrechtliche Selbständigkeit der Handelsgesellschaften aus (S. 94, 95 a. a. O.) und findet den Unterschied der Wortfassung zwischen Art. 111 (164) und 213 für bedeutungslos (s. oben Anm. 3). Dieser Schriftsteller, welcher allerdings in früheren Werken (Gesellschaftswesen §. 14—16) das Sozietätssystem vertheidigt hat, kann also nicht mehr zu den Gegnern der juristischen Persön-

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß beide Auffassungen etwas Unbefriedigendes haben, denn es mangelt denselben an einem bestimmten Prinzip. Aufgabe der Jurisprudenz ist es, die eigenthümlichen Grundsätze eines Rechtsinstitutes in ihrem inneren Zusammenhange zu erkennen und zu den letzten Gründen derselben aufzusteigen. Wenn die im Eigenthume einer Handelsgesellschaft stehenden Grundstücke und die der Gesellschaft zustehenden dinglichen Rechte in den Grund- und Hypothekenbüchern auf die Gesellschaft als solche unter der Gesellschaftsfirma, nicht auf die Namen der einzelnen Gesellschafter (Art. 111, 164, 213) eingetragen werden [13]), wenn der Eintritt eines neuen Theilhabers in eine bestehende Handelsgesellschaft die gesetzliche Wirkung hat, daß der neu Eintretende auch für die vor seinem Eintritte entstandenen Gesellschaftsschulden mithaftet (Art. 113, 166), wenn die Kompensation zwischen den Forderungen der Gesellschaft und den Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter für die Dauer der Gesellschaft ausgeschlossen ist (Art. 121, 169), wenn das Gesetzbuch nach den verschiedensten Richtungen hin ein besonderes Vermögen der Handelsgesellschaften annimmt und dieses Gesellschaftsvermögen von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter trennt, wenn die Handelsgesellschaft als solche einen selbständigen Gerichtsstand hat (Art. 111 Abs. 2, 164, Abs. 2, 213), wenn sie als solche selbständig klagen und verklagt werden kann,

---

lichkeit der Handelsgesellschaften gerechnet werden. O. Wächter, Handelsr. II. Theil §. 31 erklärt die Handelsgesellschaft schlechthin für eine eigene Persönlichkeit, für die Inhaberin von selbständigen Rechten und Pflichten, gleichwohl bemerkt derselbe (Anm. 2 a. a. O.), eine juristische Person sei die Handelsgesellschaft nicht; ebenso bemerkt er von der offenen Handelsgesellschaft, sie erscheine als eine selbständige Person (Rechtssubjekt), welche gewissermaßen über den einzelnen Gesellschaftsgliedern stehe (§. 33), fügt aber wiederum in einer Anmerkung hinzu, die Gesellschaft sei keine juristische Person im eigentlichen Sinne des Wortes (Anm. 1 zu §. 33). In diesen unverkennbaren Widersprüchen wiederholen sich die Widersprüche aus den Protokollen der Nürnberger Konferenz. — Die Kommentare von Koch (Art. 112 Note 40) und v. Kräwel (S. 98 ff.) beschränken sich darauf, den Inhalt der Protokolle wiederzugeben und die Ablehnung der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften durch die Mehrheit der Kommission zu konstatiren, ohne die Frage selbständig zu prüfen.

[13]) Ueber die Inkonvenienzen, welche daraus entstehen, daß nach dem K. Sächs. Einführungsgesetze §. 10 die Eintragung zugleich auf die Gesellschaftsfirma und auf die Namen der einzelnen Theilhaber erfolgen kann, s. die Erläuterungen zu Art. 111.

wenn die Gesellschaft als solche in Konkurs verfallen kann und der Gesellschaftskonkurs vom Konkurse über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter in formeller wie in materieller Beziehung getrennt wird (Art. 122, 169), so können alle diese Besonderheiten nicht mehr als isolirte Erscheinungen aufgefaßt werden, sondern in ihrer Gesammtheit führen sie uns auf ein letztes gemeinsames Prinzip zurück. Dieses Prinzip besteht darin, daß die Handelsgesellschaft im A. D. HGB. als eine Personeneinheit aufgefaßt wird; diese Einheit wird als Subjekt des Gesellschaftsvermögens aufgestellt und wird von den Personen der einzelnen Gesellschafter unterschieden. Hierin liegt die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften ausgesprochen [14]). Daß sie keine römischen Korporationen, daß sie auch keine privilegirten Korporationen sind, braucht kaum hervorgehoben zu werden, denn einerseits ist es zweifellos, daß das römische Recht die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften nicht kennt [15]) und andererseits kommen wenigstens nach dem A. D. HGB. den Handelsgesellschaften als solchen keine Privilegien zu [16]).

Die indirekte oder materielle Anerkennung der Handelsgesellschaften als juristischer Personen, welche dieselben im A. D. HGB. erhalten haben, stützt sich also nicht auf das bloße Recht der Firma; das HGB. stellt nicht den Satz auf, daß jede Firma als solche, auch diejenige des Einzelkaufmannes, den Namen eines selbständigen kaufmännischen Geschäftes als einer juristischen Persönlichkeit darstelle, sondern die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften beruht auf den besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes [17]). Der Firma des Einzelkaufmannes ist im HGB. die juristische Persönlichkeit weder verliehen, und zwar weder direkt noch indirekt, noch ist eine solche Verleihung vom Standpunkte des Verkehres erforderlich [18]). Erst bei der Handelsgesellschaft ist die Scheidung der Persönlichkeit

---

[14]) Hiemit stimmen überein Brinckmann §. 36; Endemann §. 35, II.; Lutz, Commentar zum bayer. Einf. Ges. S. 119, 127; Beseler, System des gem. deutschen Priv.-Rechts 2. Aufl. §. 221; Bluntschli, 3. Ausg. v. Dahn, §. 137 Nr. III. Als eine Forderung gegenüber der Gesetzgebung wurde die juristische Persönlichkeit der H.-Gesellschaften überzeugend vertheidigt von Gelpke, Zeitschr. f. Handelsr. II. Heft S. 1—76 (1852). Mit Recht bemerkt Heusler a. a. O. (s. ob. Anm. 11), daß das HGB. auch in dieser Lehre mehr den Ansichten Brinckmann's als denjenigen von Thöl gefolgt sei.

[15]) Brinckmann §. 36 S. 129.

[16]) Also z. B. nicht das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund der bloßen Eigenschaft als juristischer Person u. s. w.

[17]) S. oben Bd. I S. 135, 136 Anm. 6 u. 9.

[18]) Gelpke a. a. O. S. 20: „Nur der Kaufmann für seine Person, als der

der einzelnen Gesellschafter von dem Handelsetablissement der Gesellschaft als einer eigenen selbständigen Persönlichkeit nicht blos eine faktische, sondern eine mit innerer Nothwendigkeit rechtlich gebotene [19]).

§. 5.

Daß ungeachtet der Auffassung der Handelsgesellschaft als juristischer Persönlichkeit die Personen der einzelnen Gesellschafter nicht in den Hintergrund treten, diese Eigenthümlichkeit theilen die Handelsgesellschaften noch mit manchen anderen Vereinen und Genossenschaften, bei denen die juristische Persönlichkeit des Ganzen die eigene Rechtsthätigkeit der Einzelnen nicht völlig absorbirt. Die juristische Persönlichkeit ist nur eine formale Auffassung eines Rechtsverhältnisses, welche das Recht für das Auftreten nach Außen aufstellt; die Rechtsverhältnisse selbst können den verschiedensten Inhalt haben, und jene formale Auffassung erschöpft das Wesen der Ver-

---

die Handlung selbst oder durch Andere betreibende Eigenthümer, kann als das Rechtssubjekt, als der Träger aller in diesem Geschäftsverkehre sich entwickelnden Vermögens-Verhältnisse angesehen werden. Die mit den letzteren in Beziehung stehenden Rechte und Verbindlichkeiten lassen sich immer nur auf die gedachte Person zurückführen. An einem rechtlichen Akte, der dem Handelsvermögen eine von der des Eigenthümers gelöste Selbständigkeit und Persönlichkeit beizulegen geeignet sein könnte, mangelt es."

[19]) Bei dem großen Gewichte, welches in handelsrechtlichen Fragen mit Recht auf die Jurisprudenz der Hansestädte gelegt zu werden pflegt und mit Rücksicht auf die besondere Stellung, welche die Vertreter dieser Jurisprudenz bei den Berathungen der Nürnberger Kommission eingenommen haben, ist übrigens die Thatsache nicht unwichtig, daß jetzt auch die Kommissionsberichte über die Einführung des A. D. HGB. in Hamburg (Hamburg 1866) die Anerkennung enthalten, daß die oben angeführten Bestimmungen der Art. 113, 119, 122, 127, 131 Konsequenzen der Idee der eigenen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften seien (S. 15). Ueber das Verhältniß nach dem früheren Hamburgischen Rechte und nach der kaufmännischen Auffassung sprechen sich die Kommissionsberichte dahin aus: „Die Idee einer eigenen Persönlichkeit der Gesellschaft und der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens, deren Anwendung auch auf die offene Handelsgesellschaft der kaufmännischen Auffassung durchaus geläufig ist, findet in manchen Vorschriften unseres Rechtes, namentlich in unserer Fallitenordnung, gesetzliche Unterstützung, ohne daß wir es indeß in unserer Gesetzgebung oder gerichtlichen Praxis zu einem abgerundeten Systeme gebracht hätten."

hältnisse für sich allein noch nicht. Das Recht bedient sich der Fiktion der juristischen Persönlichkeit nur zu bestimmten Zwecken; man kann sagen, daß diese Zwecke bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft nur beschränkte sind, und nur in bestimmten Richtungen ist das Prinzip der juristischen Person vom HGB. angewandt worden.

Völlig vereinbar mit dem Prinzipe der juristischen Persönlichkeit ist es, daß bei der Auflösung einer Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen unter den Mitgliedern getheilt wird. Es ist ein allgemeiner Rechtssatz, daß durch die Aufhebung und Auflösung der juristischen Person diejenigen Rechte nicht beseitigt werden, welche die Mitglieder des Vereines am Vereinsvermögen haben; die ideelle Theilung wird in dem Maße, in welchem sie vorher vorhanden war, bei der Auflösung in eine reelle verwandelt [20]).

Nicht minder vereinbar mit der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ist die solidarische Haft der einzelnen Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Abgesehen davon, daß sich schon theoretisch beides nicht gegenseitig ausschließt, besitzen wir Beispiele aus neuerer Zeit, welche die Zulässigkeit einer solchen Kombination in unzweifelhafter Weise darthun. Die modernen Vorschuß- und Darlehnskassen-Vereine beruhen auf dem Prinzipe der solidarischen Haft der Mitglieder für die Vereinsschulden. Nun haben aber einzelne solcher Vereine durch landesherrliche Konzession ausdrücklich die Eigenschaft juristischer Personen erlangt und es ist gleichwohl die solidarische Haft der Vereinsmitglieder dadurch unberührt geblieben, die solidarische Haft der Einzelnen besteht neben der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft fort [21]).

---

[20]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 62.

[21]) Statuten des Darlehnskassen-Vereines zu Zerbst §. 1: „Der Darlehnskassenverein zu Zerbst, welcher die Rechte einer juristischen Person genießt, hat den Zweck, seinen Mitgliedern baare Darlehen zur zeitweisen Nutzung zu beschaffen.“ §. 25: „Reichen die vorgedachten Mittel zur Befriedigung der Gläubiger des Vereines nicht aus, so haften für das Fehlende sämmtliche Vereinsmitglieder solidarisch und mit ihrem sonstigen Vermögen. Hierbei versteht es sich von selbst, daß einem solchergestalt in Anspruch genommenen Vereinsmitgliede der Regreß an die übrigen Vereinsmitglieder zusteht.“ Diese Statuten sind durch landesherrliche Verordnung vom 24. Januar 1862 (Anhalt-Dessau-Cöthen'sche Gesetzsammlung Nr. 599) bestätigt und es sind dem Vereine in der Bestätigungsurkunde ausdrücklich Korporationsrechte verliehen worden. — Vgl. ferner die Statuten des Kreditvereines zu Meißen §. 4: „Der Meißner Kreditverein erhält durch die Bestätigung der Staatsregierung die Eigenschaft und Rechte einer mora-

Wenn sich in den entscheidenden Bestimmungen des D. HGB. über die Handelsgesellschaften die Anerkennung derselben als juristischer Personen erkennen läßt, so steht diese Erscheinung nicht vereinzelt da. Dieselbe steht in engster Verbindung mit der ganzen Entwickelung unserer neueren Gesetzgebung über das Vereins- und Gesellschaftsrecht, welche, indem sie die Ausdehnung des Prinzipes der juristischen Persönlichkeit begünstigt, die Zwecke der Assoziation wesentlich fördert. In dieser Weise hat in der neueren Gesetzgebung eine Anerkennung der juristischen Persönlichkeit stattgefunden bei den zahlreichen Genossenschaften des Wasserrechtes, bei den Ent- und Bewässerungsgenossenschaften, Wiesengenossenschaften, Deichgenossenschaften [22]), ferner im Gebiete des Bergrechtes rücksichtlich der Gewerkschaften [23]), endlich auf einem dem Handelsrechte eng verwandten Gebiete rücksichtlich der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften [24]).

§. 6.

Das A. D. HGB. kennt nur die im zweiten Buche aufgeführten Arten von Handelsgesellschaften: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft mit Einschluß der Kommanditaktiengesellschaft und die Aktiengesellschaft. Nur für die Eintragung dieser Arten ist das Handelsregister bestimmt, nicht für die Eintragung von Handelsgesellschaften schlechthin, d. h. nicht auch für etwa noch denkbare andere Arten, so lange die Eintragung derselben in das Register nicht von der Gesetzgebung gestattet ist oder dieselben

---

lischen Person; der Verein als juridische Person hat vor derjenigen Behörde, die die Justizpflege über die Stadt Meißen übt, Recht zu nehmen," und §. 12: „Die Mitglieder haben für die Kosten der Verwaltung und für die vom Vereine übernommenen Verbindlichkeiten solidarisch zu haften."

22) Pözl, die bayerischen Wassergesetze S. 266. Anschütz, die deutschen Wiesengenossenschaften, in Bekker's und Muther's Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. III S. 413 f.

23) Vgl. das Allgemeine preuß. Berggesetz v. 24. Juni 1865 §. 96, 99, 100. Auch dieses Gesetz spricht die Anerkennung der Gewerkschaften als juristischer Personen nicht direkt und nicht ausdrücklich aus, dasselbe hat vielmehr nur die Konsequenzen aus diesem Prinzipe gezogen und dieselben auf die Gewerkschaft angewandt; über die Frage selbst besteht kein Zweifel. Vgl. die Motive zu diesem Ges. Einleitung S. 18; Klostermann, d. allg. Bergges. S. 216; Huyssen, Kommentar §. 94, 99. Vgl. ferner K. sächsisches Berggesetz v. 22. Mai 1851 §. 106—140; Großherzogl. sächs. Bergges. v. 22. Juni 1857. §. 21.

24) Preuß. Gesetz v. 27. März 1867. S. die §§. 7 u. f. dieser Einleitung.

durch einen neuen Akt der Gesetzgebung überhaupt als Handelsgesellschaften anerkannt sind.

Der Richter hat demnach zu prüfen, unter welche der gesetzlichen Kategorieen eine ihm als Handelsgesellschaft angemeldete Gesellschaft fällt. Er hat vor Allem zu prüfen, ob überhaupt eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches vorliegt, ob die Gesellschaft überhaupt ein Handelsgewerbe treibt [25]), oder ob, wenn auch der handelsgewerbliche Charakter der Vereinigung nicht zu leugnen ist, doch nicht vielleicht die Vorschrift des Art. 10 des HGB. der Anerkennung derselben als Handelsgesellschaft im Wege steht. Käme aber der Fall vor, daß eine Handelsgesellschaft angemeldet oder auf anderem Wege der richterlichen Kognition unterstellt würde, welche keiner der vom Gesetzbuche anerkannten Arten entspricht, so würde dieselbe nicht in das Handelsregister eingetragen werden können. Von praktischer Bedeutung ist dies namentlich rücksichtlich der stillen Gesellschaften. Die vom Handelsgesetzbuche adoptirte Unterscheidung zwischen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft ist im Verkehr noch nicht so allgemein durchgedrungen, daß nicht der Fall vorkommen könnte, daß eine Gesellschaft sich stille Gesellschaft nennt, während sie den Bestimmmungen des II. Buches über die Kommanditgesellschaft entspricht, und daß umgekehrt eine Gesellschaft sich Kommanditgesellschaft nennt, während sie materiell nur eine stille Gesellschaft des III. Buches darstellt. Im letzteren Falle ist die Gesellschaft eben keine Handelsgesellschaft im Sinne des HGB. und kann nicht eingetragen werden. Eine andere Frage ist freilich im letzteren Falle diese, welche Folgen für die Betheiligten daraus entstehen, daß sich die Gesellschaft Dritten gegenüber der Bezeichnung als Kommanditgesellschaft bedient hat [26]).

Ferner kommt der Grundsatz von der gesetzlich abgeschlossenen Zahl der Arten der Handelsgesellschaften auch noch hinsichtlich der verschiedenen Zwischenstufen zur Anwendung, welche man im Verkehr zwischen die anerkannten gesetzlichen Arten einzuschieben versucht hat. So namentlich hinsichtlich der Zwischenstufen zwischen der Kommandit- und der Aktiengesellschaft. Das Gesetzbuch kennt als eine solche besondere Zwischenstufe nur die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Für die Eintragung in das Handelsregister bleibt also nur die Wahl zwischen der Eintragung als Kommanditgesellschaft oder als Kommanditgesellschaft auf Aktien [27]). Der Richter hat zu prüfen,

---

[25]) Ueber den Begriff der Gewerbemäßigkeit s. Band I S. 35—45.

[26]) Vgl. Art. 260.

[27]) In einem von Schlomka in Busch Archiv Band II S. 75 mitgetheilten Falle war von den Parteien behauptet worden, daß das Handelsrecht vor

ob die seiner Kognition unterstellte Gesellschaft der einen oder der anderen Spezies entspricht. Sämmtliche Arten der Handelsgesellschaften können durch den Gesellschaftsvertrag modifizirt werden (Art. 90) und es sind in dieser Hinsicht die verschiedensten Kombinationen denkbar, aber nicht jede Modifikation bringt eine neue Art in dem Sinne hervor, daß derselben im Handelsgesellschaftsregister eine besondere Bezeichnung oder eine besondere Abtheilung eingeräumt werden könnte, die Zahl dieser Bezeichnungen und Abtheilungen ist eine geschlossene [28]).

---

dem HGB. auch Kommanditaktiengesellschaften ohne vollhaftende Gesellschafter gekannt habe. Für eine solche neue oder vielmehr angeblich alte Spezies hat allerdings das Handelsregister keinen Raum, weil das HGB. dieselbe nicht anerkennt. Es bedarf aber kaum der Bemerkung, daß jene Behauptung irrig war. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne mindestens einen vollhaftenden Gesellschafter (Komplementar, Gerant) wäre auch vor dem HGB. keine Kommanditgesellschaft, sondern eine Aktiengesellschaft gewesen, und es würde sich dann nur fragen, ob die Gesellschaft als Aktiengesellschaft zu Recht bestehen konnte; rücksichtlich der vor dem HGB. entstandenen Aktiengesellschaften entscheidet hierüber selbstverständlich das ältere Recht, was namentlich hinsichtlich der Frage von Wichtigkeit ist, ob staatliche Genehmigung erforderlich war oder nicht.

[28]) Auch ausländische Handelsgesellschaften, welche im Inlande eine Niederlassung haben, müssen, um in das Handelsregister eingetragen zu werden, einer der vom A. D. HGB. aufgestellten Kategorieen der Handelsgesellschaften entsprechen. Auf den ausländischen Namen kommt es dabei nicht an, sondern auf die juristische Natur der Gesellschaft; so sind beispielsweise die englischen limitirten Gesellschaften und ebenso die französischen Gesellschaften à responsabilité limitée (Franz. Ges. v. 23. Mai 1863) nichts Anderes als Aktiengesellschaften.

Die wirthschaftlichen Genossenschaften.

Auerbach, die deutschen Genossenschaften, in Goldschmidt's Zeitschrift Band VI S. 1. Ladenburg, Handwerkerverbindungen in Busch Archiv Band III S. 427. E. Pfeiffer, Geschichte des Genossenschaftswesens, 1863. M. Menger, die auf Selbsthilfe gestützten Genossenschaften im Handwerker- und Arbeiterstande, Wien 1863. Schulze-Delitzsch, Vorschuß- und Kreditvereine als Volksbanken, praktische Anweisung zu deren Gründung und Einrichtung. 4. Aufl. Leipzig 1867. Annuaire de l'Association pour 1867, Paris, Noirot et Co., 1867. Blätter für Genossenschaftswesen (Fortsetzung der „Innung der Zukunft") Leipzig bei E. Keil.

§. 7.

Wenn im Vorstehenden bemerkt worden ist, daß eine Vermehrung der als selbstständig anerkannten und als solche in das Handelsregister einzutragenden Arten der Handelsgesellschaften nur durch die Gesetzgebung bewirkt werden kann, so ist eine solche Vermehrung wenigstens für das Gebiet des Königreichs Preußen bereits erfolgt durch das preußische Gesetz über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften vom 27. März 1867 [29]).

Dieses Gesetz hat den Kreis der in das Handelsregister einzutragenden und nach Handelsrecht zu beurtheilenden Gesellschaften bedeutend erweitert, indem es dem bei jedem Handelsgerichte zu führenden Handelsregister

[29]) Preuß. Gesetzsammlung 1867 S. 501. Das Gesetz gilt im ganzen gegenwärtigen Umfange der Monarchie, mit Ausnahme der Herzogthümer Schleswig-Holstein und Lauenburg, in welchen es zur Zeit noch nicht publizirt ist. Im Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover ist es publizirt durch K. VO. vom 12. Juli 1867 (Ges.-Samml. 1867 S. 1189); in den Gebieten des vormaligen Kurfürstenthums Hessen, des vormaligen Herzogthumes Nassau, der vormal. freien Stadt Frankfurt, sowie in den durch das Gesetz vom 24. Dezember 1866 mit der preußischen Monarchie vereinigten vormals bayerischen und großherzoglich hessischen Landestheilen erfolgte die Publikation durch die K. VO. vom 12. August 1867 (Ges.-Samml. 1867 S. 1449). Beide Verordnungen haben einzelne formelle Bestimmungen des Gesetzes mit Rücksicht auf die betreffenden Landestheile in unwesentlicher Weise verändert. — Ueber die früheren Entwürfe, welche dem Gesetze zu Grunde gelegt worden sind, vgl. Auerbach in Goldschmidt's Zeitschrift Band VII. S. 338; R. Koch in Busch Archiv Band VIII S. 350 und Band X S. 1. Ueber das Gesetz selbst s. unten §. 17 f. und R. Koch in Busch Archiv Band X S. 295.

eine neue Abtheilung: das Genossenschafts-Register hinzugefügt hat, welches einen von dem Gesellschaftsregister verschiedenen Theil des Handelsregisters bildet (§. 4 des Gesetzes) [30]).

Die neu geschaffene Klasse der Handelsgesellschaften führt die Bezeichnung eingetragene Genossenschaften; zu derselben sollen gehören (§. 1 des Ges.):

Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken, namentlich:

1) Vorschuß- und Kredit-Vereine;
2) Rohstoff- und Magazin-Vereine;
3) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkaufe der angefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktiv-Genossenschaften);
4) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkaufe von Lebensbedürfnissen im Großen und Ablaß in kleineren Portionen an ihre Mitglieder (Konsum-Vereine);
5) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder.

Das Gesetz enthält die erste größere legislative Ergänzung des HGB. seit dessen Publikation [31]). Zum Verständnisse des Gesetzes ist jedoch daran

[30]) Vgl. die Preuß. Justizministerial-Instruktion vom 2. Mai 1867, betreffend die Führung der Genossenschafts-Register.

[31]) Ueber das Bedenken, ob nicht in der Ausdehnung der Grundsätze des HGB. auf Verhältnisse, für welche dasselbe ursprünglich nicht bestimmt war, eine Abänderung des HGB. liege, äußern sich die Motive des Gesetzes in folgender Weise: „Die Staatsregierung hält ein solches Bedenken nicht für begründet. Das vorliegende Gesetz soll die Rechtsverhältnisse einer dem Handelsgesetzbuche unbekannten Art von Gesellschaften regeln. Wenn bestimmte Vorschriften des Handelsgesetzbuches auf diese neue Art der Gesellschaften für anwendbar erklärt werden, so wird dadurch ein Partikularrecht für letztere geschaffen. Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches bleiben aber für alle die Verhältnisse, Personen und Gesellschaften bestehen, für welche dasselbe gegeben ist; es wird also durch das Gesetz keine Aenderung des Handelsgesetzbuches, sondern nur ein neues neben demselben hergehendes Sonderrecht eingeführt." Diese Erwägungen sind um so zutreffender, als der Art. 1 des HGB. auf die nähere Begriffsbestimmung der Handelssachen verzichtet hat; der Art. 1 bestimmt vielmehr, daß in Handelssachen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen sollen." Hiernach ist es den einzelnen Staaten überlassen, im Falle ein Bedürfniß für sie vorliegt, durch ihre Landesgesetzgebung den Umfang des Begriffes „Handelssache" näher zu bestimmen und

festzuhalten, daß zwischen demselben und dem HGB. in vielfacher Hinsicht ein Gegensatz besteht, und es ist unerläßlich, die Frage, ob die modernen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften Handelsgesellschaften sind, zuerst nach den Bestimmungen des HGB. ohne Rücksicht auf Spezialgesetze zu erörtern.

Die praktische Bedeutung dieser vielbesprochenen Frage besteht auch gegenwärtig noch fort, und zwar zunächst für diejenigen deutschen Staaten, in denen das preußische Genossenschaftsgesetz oder ein anderes mit den Prinzipien desselben übereinstimmendes noch nicht eingeführt ist, ferner aber auch für das preußische Staatsgebiet selbst rücksichtlich derjenigen Genossenschaften, welche von dem Rechte, sich in das Genossenschaftsregister eintragen zu lassen, keinen Gebrauch machen. Denn ein Zwang zur Eintragung besteht nur für diejenigen Genossenschaften, welche die Firma als eingetragene Genossenschaften annehmen und dadurch an den Vortheilen des Gesetzes theilnehmen wollen [32]). Es können aber auch nach wie vor Genossenschaften fortbestehen oder sich neu bilden, ohne die Firma einer eingetragenen Genossenschaft zu führen und ohne sich unter das Spezialgesetz zu stellen, und rücksichtlich solcher Genossenschaften besteht die oben erwähnte Kontroverse auch in Preußen noch fort. Ueber dieselbe ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

§. 8.

I. Die Frage, ob, abgesehen von den Bestimmungen des preußischen Genossenschaftsgesetzes vom 27. März 1867, die wirthschaftlichen Genossenschaften der Gegenwart als Handelsgesellschaften aufzufassen sind, ist für jede einzelne Art derselben besonders zu beantworten.

Eine besondere Stellung nehmen hierbei die Produktiv-Genossenschaften ein. Es sind dies Genossenschaften von Kleingewerbtreibenden (Handwerkern und Lohnarbeitern) zur Anfertigung und zum Verkaufe von Gegenständen auf gemeinschaftliche Rechnung. Von den Rohstoffvereinen unterscheiden sie sich dadurch, daß der Vereinszweck nicht blos in dem gemeinschaftlichen Einkaufe von Materialien für die gewerbliche Thätigkeit der einzelnen Mitglieder besteht; andererseits unterscheiden sie sich aber auch von den Magazinvereinen, indem der Zweck nicht auf den gemeinschaftlichen Verkauf der eigenen Gewerbserzeugnisse der einzelnen Mitglieder beschränkt ist. Viel-

---

so das HGB. durch das bürgerliche Recht zu ergänzen. Vgl. Motive zum preuß. Einführungsgesetze S. 9. Die einzelnen Staaten haben von dieser Befugniß schon in den Einführungsgesetzen Gebrauch gemacht.

[32]) Preuß. Ministerial-Instruktion v. 2. Mai 1867 §. 4.

mehr bezwecken die Produktivgenossenschaften eine völlige Gemeinschaft der Produktion und Fabrikation selbst, ihr Zweck besteht nicht in der Förderung der selbstständigen Einzelgewerbe der Mitglieder, sondern in dem Betriebe eines neuen gemeinschaftlichen Gewerbes: sowohl der Einkauf von Rohmaterialien sowie der Absatz der Fabrikate und Produkte als auch die Arbeit selbst wird gemeinschaftlich, es kann eine förmliche planmäßige Arbeitstheilung unter den Mitgliedern stattfinden. Das Wesen dieser Genossenschaften besteht also nicht blos darin, daß sie die Zwecke der Rohstoffvereine mit denen der Magazinvereine verbinden, denn dieselben Personen können gleichzeitig einen Rohstoffverein und daneben einen Magazinverein bilden, ohne daß die Selbständigkeit ihrer Einzelgewerbe dadurch beseitigt wird. Aus der gleichzeitigen Verbindung eines Rohstoffvereins mit einem Magazinvereine entsteht noch keine Produktivgenossenschaft, sondern der Zweck der letzteren geht über eine solche Verbindung hinaus, indem auch die Erzeugung der Fabrikate als gemeinschaftliche Angelegenheit und als Vereinszweck erscheint. Neben die gewerblichen Etablissements der Einzelnen oder sogar an die Stelle derselben tritt das industrielle Vereins-Etablissement, dieses bildet den Mittelpunkt des gewerblichen Lebens der einzelnen Mitglieder [33]).

Zunächst ist nun zu erwähnen, daß der Begriff der Produktivgenossenschaften bis jetzt noch nicht auf Vereinigungen von Produzenten im Gegensatze zu den Fabrikanten (Art. 4, 271, 272 des HGB.) angewandt worden ist. Eine Vereinigung von Landwirthen, Weinbergsbesitzern, Waldeigenthümern, Bergwerks-, Steinbruchsbesitzern u. s. w. zum gemeinschaftlichen Betriebe der landwirthschaftlichen, forstwirthschaftlichen, bergmännischen Produktion ist bisher noch nicht Produktivgenossenschaft genannt worden, obgleich diese Bezeichnung streng genommen auf die Associationen solcher Produzenten zum Zwecke eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes mindestens eben so gut Anwendung finden könnte, wie auf Vereinigungen zum Zwecke eines gemeinsamen Handwerks- oder Fabrikbetriebes. Der Sprachgebrauch hat vielmehr den Begriff der Produktivgenossenschaft bisher auf die Vereinigungen zum gemeinsamen Betriebe eines H a n d w e r k e s im Großen beschränkt. Es erklärt sich dies in der Hauptsache daraus, daß das moderne Genossenschaftswesen sich vorzugsweise auf dem Boden des Handwerkes entwickelt hat und daß es in die übrigen wirthschaftlichen Kreise, namentlich in die verschiedenen Gebiete der Landwirthschaft, weit langsamer eingedrungen ist.

---

[33]) Der in Band I S. 163, 164 dieses Kommentares entwickelte Begriff des Etablissements kommt auch hier zur Anwendung.

Die rechtliche Eigenschaft als Handelsgesellschaften würden die Produktions-Vereine der genannten Produzenten überhaupt nicht haben [34]).

§. 9.

Die Produktivgenossenschaft ist dann eine Handelsgesellschaft, wenn sie

1) ein Handelsgewerbe als Vereinsgewerbe treibt (Art. 4, 272, 273), uud wenn

2) dieses Handelsgewerbe über den Umfang eines Handwerksbetriebes hinausgeht (Art. 10, 272 Nr. 1 und 5).

Ein Handelsgewerbe liegt nur dann vor, wenn das Vereinsgewerbe den in den Art. 271 und 272 des HGB. aufgestellten Requisiten entspricht. Es müssen Handelsgeschäfte sein, die der Verein gewerbsmäßig betreibt, Kauf oder anderweite Anschaffung von Waaren, um dieselben verarbeitet oder unverarbeitet weiter zu veräußern, Uebernahme von Lieferungen der in Art. 271 Nr. 2 bezeichneten Art, Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere in mehr als handwerksmäßigem Umfange (Art. 272 Nr. 1), ferner das Druckereigewerbe, sofern der Betrieb nicht bloß ein handwerksmäßiger ist (Art. 272 Nr. 5). Also nicht aus jeder Vereinigung zu gewerbsmäßiger gemeinsamer Arbeit oder zur gewerbsmäßigen Ausführung von Arbeiten auf gemeinschaftliche Rechnung entsteht eine Produktivgenossenschaft. Wenn sich eine Anzahl von Stubenmalern, Tünchern, Anstreichern, Kaminkehrern, Bauarbeitern u. s. w. zu einer Genossenschaft vereinigt, um die bisher den Einzelnen übertragenen Arbeiten in Zukunft als Vereinssache und auf gemeinschaftliche Rechnung auszuführen, so giebt dies keine Produktivgenossenschaften mit handelsrechtlichem Charakter, denn solche Gewerbe, wie die genannten, produziren weder Waaren zum Zwecke der Weiterveräußerung, noch fallen sie unter die in Art 272 Nr. 1 und 5 als Handelsgewerbe bezeichneten Industrieen [35]).

---

[34]) Ueber das Assoziationswesen im Gebiete der Landwirthschaft, vergl. Anschütz, der Gesellschaftsvertrag im landwirthschaftlichen Betriebe, in den Mittheilungen des landwirthschaftlichen Institutes der Universität Halle, Jahrgang 1865 (Berlin 1865) S. 142 f.

[35]) Goldschmidt, Handbuch Band I Abthl. I S. 397. Die Vereinigungen solcher Gewerbetreibender sind auch dann nicht Handelsgesellschaften, wenn mit denselben zugleich die Anschaffung der Arbeitsmittel auf gemeinschaftliche Rechnung (der Farben, des Handwerkszeuges u. s. w.) verbunden ist, s. unten S. 32.

Das von einer Produktivgenossenschaft betriebene Handelsgewerbe muß aber zugleich auch über den Umfang eines Handwerksbetriebes hinausgehen, wenn die Genossenschaft als Handelsgesellschaft anerkannt werden soll. Dieser größere Umfang des Gewerbes wird nun allerdings bei den Produktivgenossenschaften in der Regel vorliegen. Denn der wirthschaftliche Zweck solcher Vereinigungen ist der Betrieb des Geschäftes im Großen und eben dadurch wird die Vereinigung zur Handelsgesellschaft. Wenn sich eine Anzahl von Tischlern zum gemeinschaftlichen Betriebe eines Möbelfabrikgeschäftes, wenn sich Maschinenbauer zum Betriebe einer gemeinschaftlichen Maschinenfabrik oder mehrere Schlosser zum gemeinschaftlichen Betriebe der Fabrikation von Nähmaschinen vereinigen, so liegt in einer solchen Vereinigung ein Herausgehen aus dem gewöhnlichen Handwerksbetriebe. Der Handwerker, der Fabrik- und Lohnarbeiter will durch diese Vereinigung zum Fabrikanten werden. Käme aber der Fall vor, daß ungeachtet einer solchen Vereinigung das gemeinschaftliche Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausginge, so würde die Genossenschaft auch nicht als Handelsgesellschaft gelten können (Art. 10 des HGB.). Solche Fälle sind nun zwar denkbar, man wird aber auf solche Vereinigungen von untergeordneter, aus der Sphäre des gewöhnlichen Handwerksbetriebes sich nicht erhebender Bedeutung auch die Bezeichnung als Produktivgenossenschaft kaum anwenden, da eben herkömmlich der Zweck der letzteren der Betrieb im Großen ist.

§. 10.

Zu welcher Klasse der Handelsgesellschaften ferner eine Produktivgenossenschaft gehört, ist eine Frage des einzelnen Falles. Ist sie überhaupt eine Handelsgesellschaft, und ist bei keinem der Theilhaber die Betheiligung auf bestimmte Vermögenseinlagen beschränkt, so ist sie nach der allgemeinen Regel des Art. 86 des HGB. ipso jure eine offene Handelsgesellschaft, es tritt sofort die solidarische Haft der sämmtlichen Mitglieder ein. Da indeß die solidarische Haft gegenwärtig das herrschende Prinzip bei sämmtlichen wirthschaftlichen Genossenschaften ist, so pflegt dieselbe auch bei den Produktivgenossenschaften vertrags- und statutenmäßig ausdrücklich festgesetzt zu werden [36].

---

[36]) Normalstatut für Produktivgenossenschaften (Menger, Genossenschaften S. 85) §. 1: „Die Unterzeichneten gründen eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma: Produktivgenossenschaft . . . von X und Comp., in welche sämmtliche Unterzeichnete als Gesellschafter eintreten".

Hat eine Produktivgenossenschaft die rechtliche Natur einer Handelsgesellschaft, so ist dieselbe in das Handelsgesellschaftsregister einzutragen [37]).

Indeß sind die Produktivgenossenschaften wie alle übrigen Genossenschaften auch in der Form der Kommanditgesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft und der Aktiengesellschaft möglich. Eine rechtliche Nothwendigkeit, daß nur die Form der offenen Handelsgesellschaft für dieselbe verwendet werden könnte, besteht nicht; indeß bildet bei der herrschenden Richtung des Genossenschaftswesens die solidarische Haft aller Mitglieder der Produktivgenossenschaft, und somit die offene Handelsgesellschaft die Regel, neben welcher nur ausnahmsweise auch Produktivgenossenschaften in Form der Aktiengesellschaft vorkommen [38]). Entspricht die Form der Aktiengesellschaft, bei welcher die Persönlichkeit der Vereinsmitglieder in der Regel völlig zurücktritt und bei welcher die Geschäftsverwaltung durch besoldete Verwalter erfolgt, den wirthschaftlichen Zwecken der Produktivgenossenschaft nur in sehr geringem Maße, so würde dagegen die Form der Kommanditgesellschaft mit oder ohne Aktien, bei welcher die Geschäftsleitung und Verwaltung nicht besoldeten Beamten, sondern den mit

---

[37]) Firma einer als offene Handelsgesellschaft in das Handelsgesellschaftsregister eingetragenen Produktivgenossenschaft (Kreisgericht Bielefeld): „August Küster u. Comp. (Produktivgenossenschaft für Nähmaschinen)". Ferner: „Vereinigte Schreinermeister Peter Pöttgen u. Comp. in Cöln"; bei dieser als offene Handelsgesellschaft eingetragenen Produktivgenossenschaft erfolgt die Vertretung nach Außen durch drei benannte Gesellschafter kollektiv in der Weise, „daß für den Fall, wenn einer oder zwei oder drei der genannten Vertreter verhindert sein sollten, alsdann die Mitgesellschafter J. B. Aufenbruch und W. Schönewald als Kooperanten befugt sein sollen, ihre persönlichen Namensunterschriften der Zeichnung der Firma an Stelle des oder der verhinderten Vertreter der Gesellschaft für diese rechtsverbindlich beizufügen". (Handelsgericht zu Köln 4. Mai 1867, Kölnische Zeitung 1867 Nr. 124). S. über diesen letzteren Fall die Erläuterungen zu Art. 86 Ziff. 4.

[38]) Die (inzwischen wieder aufgelöste) Produktivgenossenschaft „Maschinenbau-Arbeiter-Kompagnie zu Chemnitz" war eine landesherrlich konzessionirte Aktiengesellschaft, deren Statuten (v. 31. Mai 1864) dem eigenthümlichen Zwecke der Genossenschaft angepaßt waren und von den Statuten gewöhnlicher Aktiengesellschaften erheblich abwichen. Das Gesellschaftskapital betrug 25,000 Thlr. in 1000 auf Namen lautenden Aktien zu 25 Thlr. Die Gesellschaft beging den Fehler, daß sie schon nach erfolgter Zeichnung und Einzahlung von 306 Aktien sich für konstituirt erklärte, was der §. 3 der Statuten ausdrücklich gestattete.

ihrem persönlichen Vermögen vollhaftenden Geschäftsinhabern übertragen ist, für die Zwecke der Produktivgenossenschaft, bei großer Mitgliederzahl und je nach der Verschiedenheit der konkreten Gewerbszweige, völlig geeignet sein [39]). Und wenn sich die Produktivgenossenschaften der Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien bisher noch wenig oder nicht bedient haben, so liegt der Grund hiervon hauptsächlich in der gesetzlichen Schranke, welche die Vorschrift des Art. 173 des HGB. für die Errichtung einer solchen Gesellschaft zieht und nach welcher die Aktien der Gesellschaft auf einen Betrag von mindestens zweihundert Vereinsthalern gestellt werden müssen.

Bei einzelnen Genossenschaften ist es ausgesprochenes Ziel, die Geschäftsantheile aller Mitglieder durch allmähliche Ansammlung auf den Betrag von je 200 Thalern zu erhöhen, um sodann unter Aufhebung der Solidarhaft die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien anzunehmen, was namentlich bei Produktivgenossenschaften praktisch ist. Es soll also dann die Kapitalgenossenschaft an die Stelle der Personalgenossenschaft treten. Bei der überwiegenden Mehrzahl der Genossenschaften würde aber diese Summe viel zu hoch gegriffen sein; dieselben suchen sich vielmehr gegen eine zu starke Betheiligung des Kapitals dadurch zu sichern, daß sie ein Maximum für den Geschäftsantheil eines Einzelnen festsetzen, welches nicht überschritten werden darf und welches, den besonderen und beschränkten Zwecken der Genossenschaften ganz entsprechend, in der Regel weniger als 200 Thaler beträgt [40]).

---

[39]) Beispiel einer Produktivgenossenschaft in Form einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft: „E. Stehfest u. Comp., Produktivgenossenschaft für Spinnerei und Weberei in Crimmitzschau".

[40]) Statut des Darlehenskassenvereines zu Zerbst §. 5: „Das Guthaben (d. h. der Geschäftsantheil) eines Einzelnen darf die Summe von zwanzig Thalern nicht übersteigen". Statuten des Kreditvereines zu Meißen §. 27: „Der von jedem Mitgliede in die Vereinskasse einzuschießende Stammantheil beträgt wenigstens 12 Thaler. Es steht jedoch jedem Mitgliede frei, seine Stammanlage bis zu der Summe zu erhöhen, welche durch die Generalversammlung von Zeit zu Zeit als zulässiger Höchstbetrag einer Stammeinlage festgesetzt werden wird". Statuten des Stuttgarter Konsumvereines §. 4: „Außerdem soll jedes Mitglied eine gewisse Einlage beim Vereine lassen, die auf mindestens 5 fl. und höchstens 500 fl. festgesetzt ist", und §. 7: „Der Verwaltungsrath ist jederzeit berechtigt, wenn er für die vorhandenen Gelder keine Verwendung findet, einen Theil der Einlagescheine zurückzubezahlen, indem er hier stets bei denjenigen Mitgliedern beginnen muß, welche die meisten Einlagescheine haben". Die für das Bankge-

Von dem Vorbehalte des Art. 173, daß die Landesgesetzgebung nach Maßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag der Aktien gestatten könne, haben die Landesgesetze bis jetzt noch keinen Gebrauch zu Gunsten der wirthschaftlichen Genossenschaften gemacht und auch das preußische Gesetz vom 27. März 1867 kennt nur die solidarische Haft der Genossenschaften. Die in Art. 173 des HGB. vorbehaltene Erleichterung speziell für die Gründung der Genossenschaften zu gewähren, wird die Aufgabe einer künftigen Gesetzgebung sein.

Auch dann aber, wenn die Produktivgenossenschaft bei der Form der offenen Handelsgesellschaft stehen bleibt, bleibt es ihr unbenommen, ein Gesellschaftsstatut zu vereinbaren, welches zwar die solidarische Haft der Mitglieder nach Außen bestehen läßt, dabei aber nach Innen die Verfassung der Aktiengesellschaft einführt und von letzterer namentlich das Institut der Generalversammlung, des Vorstandes und der Mehrheitsbeschlüsse entlehnt. Die ausschließliche Vertretungsbefugniß des Vorstandes kann Dritten gegenüber rechtlich in der Weise erreicht werden, daß nur bestimmten Mitgliedern der Genossenschaft die Geschäftsführung und die Befugniß, die Vereinsfirma zu zeichnen, übertragen wird, während alle übrigen Mitglieder auf die Geschäftsführung verzichten, beziehungsweise von derselben statutarisch ausgeschlossen werden (Art. 99 des HGB.). Solche statutarische Bestimmungen, sowie die jedesmal eintretenden Veränderungen sind in das Handelsregister einzutragen und öffentlich bekannt zu machen, Art. 86 Nr. 4 [41]). Eine ähnliche Nachbildung der Verfassung der Aktiengesellschaften hat auch bei den übrigen Arten der Genossenschaften, bei den Vorschuß- und Kreditvereinen, Magazinvereinen, Rohstoffvereinen, Konsumvereinen stattgefunden, unbeschadet der solidarischen Haft der Mitglieder.

§. 11.

II. Ist nach dem Vorstehenden die Eigenschaft der Produktivgenossenschaften als Handelsgesellschaften in der Regel außer Zweifel und können

---

schäft im Großen bestimmte „Deutsche Genossenschaftsbank Sörgel, Parisius u. Comp." in Berlin ist keine Genossenschaft mit Solidarhaft, sondern eine Kommanditgesellschaft auf Aktien nach dem HGB.

41) Vgl. das Normalstatut für Produktivgenossenschaften §. 5 und 23, in der Zeitschrift: die Innung der Zukunft (jetzt unter dem Titel „Blätter für Genossenschaftswesen") 1865 Nr. 7, und bei Menger, die Genossenschaften (Wien 1866) S. 85.

Ausnahmen hievon nur dadurch entstehen, daß der Umfang des Vereinsgewerbes nicht über den Umfang eines Handwerksbetriebes hinausgeht, so tritt rücksichtlich der übrigen Arten der wirthschaftlichen Genossenschaften, bei den Vorschuß- und Kreditvereinen, Rohstoffvereinen, Magazinvereinen, Konsumvereinen das umgekehrte Verhältniß ein. Dieselben sind in der Regel keine Handelsgesellschaften, sie werden es vielmehr nur unter besonderen Voraussetzungen.

Es ergibt sich dieses Sachverhältniß aus der Betrachtung der Zwecke der einzelnen Genossenschaftsarten.

§. 12.

a) Die Vorschuß- und Kreditvereine [42]).

Diese Genossenschaften betreiben das Kredit- oder Bankgeschäft in der Regel nicht für das Publikum, sondern nur für ihre Mitglieder; der Geschäftsgewinn kommt den Darlehensnehmern selbst zu Gute, der Gewinn besteht eigentlich nur in einer Ersparung. Die Vorschußvereine treiben kein besonderes Gewerbe, sondern sie verschaffen ihren Mitgliedern die zum speziellen Gewerbebetriebe derselben erforderlichen Gelder gegen bankmäßige Zinsen. Demnach fehlt hier das wesentliche Requisit einer Handelsgesellschaft: der Verein als solcher treibt kein Handelsgewerbe, und auch die bei den Vorschußvereinen in der Regel vertragsmäßig bestehende solidarische Haft der Mitglieder bewirkt für sich allein noch nicht die Eigenschaft einer offenen Handelsgesellschaft [43]).

Anders verhält es sich, wenn ein solcher Verein gewerbemäßig auch an Nichtmitglieder Darlehen gewährt oder mit Nichtmitgliedern Bankgeschäfte gegen Zinsen und Provision treibt; alsdann vermittelt er Kredit für das Publikum, treibt ein Handelsgewerbe und ist eine Handelsgesellschaft,

---

42) Vgl. Statuten des Kreditvereines zu Meißen nebst Geschäftsordnung, bei Menger a. a. O. S. 55.

43) Goldschmidt, Handbuch I S. 460 Anm. 13. A. M. Auerbach in Goldschmidt's Zeitschrift Band VII S. 5. — Die richtige Ansicht ist besonders treffend ausgeführt in einem Erkenntnisse des OAG. zu Lübeck v. 28. Dez. 1864 in Goldschmidt's Zeitschrift Band VIII S. 615; das Erk. erklärt die Vorschußvereine aus dem Grunde nicht für Handelsgesellschaften, weil sie keine Erwerbsgesellschaften sind.

und zwar in der Regel eine offene, weil die solidarische Haft der Mitglieder ausdrücklich verabredet zu werden pflegt [44]).

Ja es würde alsdann wegen der allgemeinen Regel des Art. 86 des HGB. dieser Verabredung nicht einmal bedürfen, es würde genügen, daß der Verein gewerbemäßig Handelsgeschäfte treibt, daß er eine Handelsgesellschaft ist; ist dann die Haft bei keinem der Vereinsmitglieder auf bestimmte Vermögenseinlagen eingeschränkt, so tritt ipso jure die solidarische Haft ein, die Gesellschaft ist alsdann eine offene Handelsgesellschaft (Art. 86). Wenn aber ein Vorschußverein über die gewöhnlichen Schranken dieser Genossenschaften hinausgeht und Handelsgeschäfte mit dem Publikum treibt, so ist er rechtlich durchaus nicht blos auf die Form der offenen Gesellschaft angewiesen, vielmehr kann der Verein alsdann in jeder anderen Form der Handelsgesellschaften errichtet werden [45]).

Eine Vermittelung von Kredit für das große Publikum liegt jedoch nicht schon darin, daß die Vorschußvereine nach ihrer gegenwärtigen Organisation gegenseitig das Inkasso ihrer auswärtigen Wechsel besorgen. Auch diese Thätigkeit konstituirt kein Handelsgewerbe, denn sie vermittelt wiederum nicht den Kredit für das Publikum, sondern nur für die Vereine, welche unter einander in einem Verbande stehen. Es kommt hinzu, daß dieses Inkasso nur ein Nebengeschäft der einzelnen Vereine bildet.

§. 13.

b) Die Konsumvereine [46]).

Keine Handelsgesellschaften sind ferner die Konsumvereine oder die Vereine zur Beschaffung billiger und guter Lebensmittel für die Vereinsmitglieder. Der Vereinszweck kann hier in verschiedener Weise erreicht werden, und zwar entweder in der Weise, daß der Verein für gemeinschaftliche Rechnung Lebensmittel im Großen einkauft und dieselben an die Mitglieder wieder im Einzelnen abläßt oder dadurch, daß der Verein Einkaufsbestellungen für Rechnung der Mitglieder ausführt, oder aber in der Weise, daß

[44]) Ein Beispiel eines solchen Darlehenskassenvereines, welcher auch Nichtmitgliedern Kredit gewährt, s. in Busch Archiv Bd. VIII S. 193.

[45]) Vgl. die in Note 40 a. E. erwähnte Deutsche Genossenschaftsbank in Berlin (Kommanditgesellschaft auf Aktien).

[46]) R. Koch, über Konsumvereine, in Busch Archiv Band V S. 60. — Statuten des Stuttgarter Konsumvereines, des Delitzsch'er Konsumvereines, sowie ein Normalstatut für Konsumvereine s. bei Menger a. a. O. S. 69—75.

der Verein durch Verträge mit bestimmten Gewerbtreibenden seinen Mitgliedern nur eine Preisermäßigung für den Bezug von Waaren vermittelt. Mag der Konsumverein die eine oder die andere Art der Beschaffung von Lebensmitteln wählen, oder mag er diese verschiedenen Arten neben einander gleichzeitig anwenden, in keinem Falle treibt derselbe ein Handelsgewerbe. Denn wenn der Verein Lebensmittel im Großen einkauft und dieselben im Einzelnen an seine Mitglieder abläßt, so ist es zunächst fraglich, ob diese Ueberlassung einen wirklichen Verkauf und nicht vielmehr eine bloße Theilung der eingekauften Vorräthe darstellt. Selbst dann aber, wenn ein Verkauf vorliegt, fehlt es immer noch an der für jedes Handelsgewerbe nöthigen Gewinnabsicht. Der Verein beabsichtigt nicht Gewinn, sondern nur Ersparnisse für seine Mitglieder zu machen. Verkauft er die angekauften Waaren an seine Mitglieder mit einem Preisaufschlage, so kommt dieser scheinbare Gewinn den Einzelnen als Dividende oder in der Form des Reservefonds wieder zu Gute, der Einzelne bezieht in dieser Form die Waaren nur um so viel billiger. Ein solcher Verein betreibt also kein Handelsgewerbe [47]).

Auch dann, wenn der Verein seinen Mitgliedern nur den direkten Ankauf von den Händlern vermittelt, treibt er kein Handelsgewerbe. Die Vermittelung betrifft alsdann nur den Einkauf der Konsumenten, diese Käufe sind aber keine Handelsgeschäfte, der Verkauf des Kaufmannes an den Konsumenten ist ein einseitiges Handelsgeschäft (Art. 277), es ist ein Handelsgeschäft auf Seite des Verkäufers (Art. 273 Abs. 2) nicht aber auf Seite des kaufenden Konsumenten (Art. 271 Abs. 1). Vermittelt also der Verein den Einkauf für die Konsumenten, so vermittelt er keine Handelsgeschäfte der letzteren, der Verein dient nicht den Verkäufern, sondern den Käufern, und nicht jede gewerbsmäßige Vermittelung von Geschäften ist ein Handelsgewerbe, sondern nach der Bestimmung des Art. 272 Nr. 4 nur dann, wenn die für dritte Personen vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte selbst Handelsgeschäfte sind.

Der Vorstand und die Geschäftsführer solcher Vereine sind also nicht Prokuristen oder Handelsbevollmächtigte, sondern dieselben sind civilrechtliche Geschäftsverwalter. Daß dieselben nach römischem Rechte gleichwohl als Institoren anzusehen sind, erklärt sich daraus, daß der römischrechtliche Be-

[47]) Die Anschaffungen der Konsumvereine sind so wenig Handelsgeschäfte wie die gleichartigen Anschaffungen der Kasino's, Ressourcen und ähnlicher Gesellschaften. S. die Erk. des Appellationsgerichtes zu Eisenach und des Oberappellationsgerichtes zu Jena v. 11. Oktober 1861 in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Band IX S. 348.

griff des Institor nicht auf Handelsbevollmächtigte beschränkt ist, sondern Gewerbsbevollmächtigte aller Arten umfaßt[48]). Gleiches gilt auch von den Geschäftsführern bei den übrigen wirthschaftlichen Genossenschaften, welche nicht Handelsgesellschaften sind.

§. 14.

c) Die Magazinvereine.

Die Magazinvereine sind keine Gesellschaften zur gemeinschaftlichen Anfertigung von Gewerbserzeugnissen wie die Produktivgenossenschaften, also keine Vereine zum Zwecke der Fabrikation auf gemeinschaftliche Rechnung, sondern sie sind nur Vereine von Gewerbtreibenden zum Zwecke des gemeinschaftlichen Verkaufes der Gewerbserzeugnisse der einzelnen Mitglieder, die letzteren bleiben dabei in ihren Gewerben selbstständig. Der Verkauf geschieht durch die Geschäftsführer (Vorstand) des Vereines entweder in einem gemeinschaftlichen Magazine oder anderweitig.

Die Magazinvereine sind so lange keine Handelsgesellschaften, als die Mitglieder derselben solche Handwerker sind, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht. Gerade dieses ist aber in der Regel der Fall; durch den Magazinverein wollen sich die kleinen Handwerker

---

[48]) Thöl §. 21. — L. 3, L. 5 pr. §. 1. D. de institor. Act. XIV, 3: Cuicunque negotio praepositus sit, institor recte appellabitur. Nam et Servius libro primo ad Brutum ait, si quid cum insulario gestum sit, vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento coemundo, in solidum eum teneri. Daraus folgt dann auch die solidarische Haft der Vereinsmitglieder für die Geschäftshandlungen der Geschäftsführer, weil nach römischem Rechte mehrere, welche gemeinschaftlich einen Institor bestellt haben, für die innerhalb der Geschäftsvollmacht vorgenommenen Handlungen des Institor solidarisch haften, L. 13 §. 2 D. h. t. L. 1 §. 25, L. 2, 3, 4, §. 1 D. de exercit. act. XIV, 1. Zu demselben Resultate gelangt man auch nach preußischem Landrechte Thl. I Tit. 5 §. 424 und Tit. 13 §. 85; §. 424 cit.: „Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und demselben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen den Berechtigten für die Erfüllung haften", und Thl. I Tit. 13 §. 85; „Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre.

den Vortheil eines größeren, und für den einzelnen Theilhaber doch billigen Verkaufslokales, sowie einen geregelten Absatz ihrer Fabrikate verschaffen. Der Magazinverein bezweckt alsdann nur die Vermittelung für Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerkes vorgenommen werden. Solche Weiterveräußerungen sind aber nach Art. 273, 3 des HGB. keine Handelsgeschäfte und mithin ist auch die Vermittelung solcher Verkäufe kein Handelsgeschäft, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Vermittelung gewerbsmäßig betrieben wird, HGB. Art. 272, 4.

§. 15.

d) Die Rohstoffvereine[49]).

Anders als mit den Magazinvereinen verhält es sich mit den Rohstoffvereinen oder den Vereinen der Handwerker und Gewerbtreibenden zum gemeinschaftlichen und deshalb billigeren Einkaufe von Rohstoffen im Großen, behufs der Ueberlassung derselben an die Mitglieder im Einzelnen für die gewerblichen Zwecke derselben und zwar mit einem Preisaufschlage. Die Anschaffung vom Rohmaterial (Leder für Schuhmacher, Tuch für Schneider, Holz für Tischler) zu dem Zwecke, daß die daraus hergestellten Gegenstände weiter veräußert werden sollen, ist aber immer ein Handelsgeschäft (HGB. Art. 272, 1), es ist ein Kauf mit der Absicht der Weiterveräußerung nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung. Eine solche Anschaffung ist auch dann noch ein Handelsgeschäft, wenn sie von einem Handwerker für seinen Handwerksbetrieb vorgenommen wird; der Handwerker, welcher dergleichen Anschaffungen gewerbsmäßig vornimmt, ist Kaufmann, nur ist er deshalb wegen der Vorschrift des Art. 10 des HGB. noch nicht Vollkaufmann[50]).

Die Anschaffungen der Rohstoffvereine sind also Handelsgeschäfte und mithin sind diese Vereine, weil sie solche Anschaffungen gewerbsmäßig vermitteln, jedenfalls Vereinigungen zum gewerbsmäßigen Betriebe von Handelsgeschäften, HGB. Art. 272, 4. Hieraus folgt aber noch nicht, daß dieselben immer auch Handelsgesellschaften sind. Sie sind es, wie die Magazinvereine, nur dann, wenn der Gewerbebetrieb der Mitglieder über den

---

[49]) R. Koch, über die Behandlung der Rohstoffvereine nach Handelsrecht, in Busch Archiv Band V S. 46. — Normalstatut eines Rohstoffvereines bei Menger a. a. O. S. 78.

[50]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch I S. 398.

Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, nicht aber dann, wenn letzteres nicht der Fall ist [51]). Sind die Mitglieder blos Handwerker, so liegt in einem solchen Rohstoffvereine eine Vereinigung vor, deren Zweck in der Anschaffung von Rohstoffen für den Handwerksbetrieb der einzelnen Handwerker besteht und eine solche Vereinigung ist nach Art. 10 des HGB. keine Handelsgesellschaft [52]). Da nun die Rohstoffvereine in der Regel nur aus Handwerkern von geringem Gewerbebetriebe bestehen, so sind diese Vereine in der Regel auch keine Handelsgesellschaften.

Es gibt aber auch Fälle, in welchen die Anschaffungen der Rohstoffvereine überall keine Handelsgeschäfte sind, nämlich dann, wenn das Gewerbe der Vereinsmitglieder nicht in der Herstellung eigener Fabrikate (Waaren), sondern ausschließlich in der Arbeit an fremden Gegenständen oder in der Verarbeitung gelieferter fremder Stoffe besteht und der Rohstoffverein nur den Zweck der gemeinschaftlichen Anschaffung der Zuthaten zur Arbeit verfolgt. Dahin gehört die gemeinschaftliche Anschaffung der Farben für Anstreicher, Tüncher, Lakirer oder für Färber, die Anschaffung der für das Bleichen erforderlichen Materialien für Bleicher, die Anschaffung der bloßen Zuthaten an Futter, Knöpfen, Seide, Zwirn für Schneider u. s. w. [53]). Solche nebensächliche Anschaffungen derjenigen Handwerker, welche selbst keine Fabrikate zum Verkaufe bringen, sind nicht Anschaffungen zum Zwecke der Weiterveräußerung des daraus angefertigten Produktes und folglich sind sie keine Handelsgeschäfte, HGB. Art. 271 Ziff. 1. Es sind Anschaffungen von Arbeitsmitteln, welche keinen selbständigen Gegenstand der Veräußerung bilden. Demnach sind Vereinigungen zum gemeinschaftlichen Einkaufe solcher Zuthaten, wenn die Vereinsmitglieder lediglich Handwerker der oben bezeichneten Art und mithin überall nicht Kaufleute sind, nicht einmal Vereinigungen zum Abschlusse von Handelsgeschäften.

Gleiches gilt von den Vereinen der Landwirthe zum gemeinschaftlichen

---

[51]) Daß ein Rohstoffverein, welcher aus gewöhnlichen Handwerkern besteht, keine Handelsgesellschaft ist, ist ausgesprochen in dem Erk. des Appellationsgerichtshofes zu Köln v. 19. Nov. 1863 in Busch Archiv Band IV S. 321, sowie in dem Erk. des OAGerichtes zu Dresden v. 16. Juni 1863 in Busch Archiv Bd. III S. 388; die entgegengesetzte Ansicht s. in den Erk. des Kölner Appellhofes v. 16. Dez. 1862, Busch Archiv Bd. III S. 370 und des Handelsgerichtes zu Düsseldorf v. 2. Nov. 1863, Busch Archiv Bd. III S. 170.

[52]) S. die Erläuterungen zu Art. 10 im I. Bande dieses Kommentars.

[53]) S. oben Anm. 35 und Goldschmidt, Handbuch I S. 397.

Ankaufe von Thieren, Sämereien, Maschinen und anderen Gegenständen zum Zwecke des Verkaufes oder der Vertheilung unter die Mitglieder [54]).

§. 16.

e) Das preußische Gesetz vom 27. März 1867 zählt auch die Vereine zur Herstellung von Wohnungen für die Vereinsmitglieder zu denjenigen Genossenschaften, welche in das Genossenschaftsregister des Handelsregisters eingetragen werden können. Nach dem HGB. sind aber solche Genossenschaften keinesfalls Handelsgesellschaften, und zwar aus mehr als einem Grunde. Denn wenn man dieselben als bloße Bauunternehmer auffaßt, so erscheint als Gesellschaftszweck die Herstellung von Gebäuden, also von Immobilien; aber Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte, Art. 275 des HGB. [55]). Ferner treiben dieselben, da sie nicht für das Publikum, sondern nur für ihre Mitglieder Baugeschäfte besorgen, kein Handelsgewerbe und überhaupt kein selbständiges Gewerbe. Faßt man dieselben aber als Vereine zum erleichterten Ankaufe von Grundstücken und Häusern für die Mitglieder auf, so sind sie wiederum keine Handelsgesellschaften, weil auch diese Geschäfte keine Handelsgeschäfte sind (Art. 275) [56]).

§. 17.

III. Die Betrachtung der wirthschaftlichen Genossenschaften nach den Bestimmungen des HGB. ergibt, daß die rechtliche Stellung derselben gegenüber jenen Bestimmungen eine ziemlich unsichere ist. Die wichtigsten und in der Gegenwart am zahlreichsten vertretenen Arten der Genossenschaften sind in der Regel keine Handelsgesellschaften und sie ermangeln alsdann der selbständigen juristischen Persönlichkeit, wenn ihnen dieselbe nicht ausnahmsweise besonders verliehen ist. Sie ermangeln der Fähigkeit, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken, namentlich auch Hypotheken, unmittelbar auf den Namen des Vereines zu erwerben und in die Grund- und Hypothekenbücher eintragen zu lassen und es gehen ihnen die Erleichterungen in der Prozeßführung ab, welche den Handelsgesellschaften gewährt sind, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, welche im Falle des

---

[54]) Anschütz, der Gesellschaftsvertrag im landwirthschaftlichen Betriebe, in den Mittheilungen des landwirthschaftlichen Institutes der Universität Halle 1865 S. 142 f.

[55]) Goldschmidt, Handb. I S. 514.

[56]) Ueber Baugenossenschaften vgl. Menger a. a. O. S. 29.

Konkurses daraus entstehen, daß ein Handelsgesellschaftskonkurs bei solchen Genossenschaften nicht stattfinden kann.

Auch dann aber, wenn die rechtliche Natur einer Genossenschaft als Handelsgesellschaft nicht in Zweifel gezogen werden kann, würde dieselbe in Folge ihrer oft übergroßen Mitgliederzahl [57]) und ihres vielfach wechselnden Personalbestandes mit allen den Weiterungen und Schwierigkeiten zu kämpfen haben, welche durch die handelsgesetzlichen Vorschriften über die Anmeldung jeder einzelnen Veränderung im Personalbestande der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister entstehen und sie würde gleichzeitig die nicht unerheblichen Kosten solcher fortwährenden Anmeldungen und Abmeldungen zu tragen haben.

Alle diese Uebelstände sind seit der großen Ausbreitung des Genossenschaftswesens in Deutschland [58]) von den Betheiligten schwer empfunden worden. Das Verlangen, durch welches diese Mißstände beseitigt werden sollten, ging dahin, daß die wirthschaftlichen Genossenschaften aus praktischen Gründen und im Interesse ihrer Förderung als eine besondere und eigenthümliche Art der Gesellschaften anzuerkennen und daß sie den Handelsgesellschaften insoferne gleichzustellen seien, als sie beim Handelsgerichte angemeldet, nicht aber in das jetzt bestehende Gesellschaftsregister, sondern in ein besonderes und neu einzuführendes Genossenschaftsregister eingetragen werden sollten.

Unmittelbar aus den betheiligten Kreisen wurde das Verlangen laut, daß die Genossenschaften als selbständige juristische Personen vom Rechte

---

[57]) So bestand z. B. der Breslauer Vorschußverein am Schlusse des Geschäftsjahres 1865—66 aus 2533 Mitgliedern, die geleisteten Vorschüsse betrugen 1 Mill., 077,501 Thlr. Preuß. Handelsarchiv 1867 Nr. 34, S. 371.

[58]) Nach dem Jahresberichte der deutschen Erwerbsgenossenschaften für das Jahr 1865 (Leipzig, bei G. Mayer, 1866), welcher auf dem Vereinstage zu Kassel, Oktober 1866, erstattet wurde, betrug im Jahre 1865 die Gesammtzahl der im Vereinsverbande befindlichen Vorschuß- und Kreditvereine 961, gegen 890 im Jahre 1864; die Gesammtzahl der Rohstoff-, Magazin- und Produktivgenossenschaften 199, gegen 183, die Zahl der Konsumvereine 157 gegen 97 im Jahre 1864. Die Gesammtzahl aller Genossenschaften konnte schon damals auf 1500 veranschlagt werden, die Zahl der Mitglieder auf 350,000. Es hatten 552 Genossenschaften ihre Rechnungsabschlüsse an die Anwaltschaft des Vereins-Verbandes eingesandt, danach konnte man approximativ den gesammten Umsatz im Jahre 1865 auf 85 Millionen Thaler, das Betriebskapital auf 25—28 Millionen, das eigene Kapital auf $5^1/_2$ Millionen Thaler veranschlagen.

anzuerkennen seien. Aus denselben Kreisen gelangten Vorschläge zu Gesetzentwürfen an die Oeffentlichkeit, und es ist nicht der kleinste Vorzug des preußischen Genossenschaftsgesetzes vom 27. März 1867, daß dasselbe an diese Bestrebungen und an diese Gesetzentwürfe unmittelbar angeknüpft und daß es im Großen und Ganzen die nach gesammelten Erfahrungen in den betheiligten Kreisen selbst aufgestellten neuen Grundsätze durchgeführt hat[59]). Der Text des Gesetzes ist im Nachfolgenden wörtlich wiedergegeben.

§. 18.

Das preußische Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867.

Parisius, Gesetz, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 27. März 1867. Mit Einleitung und Erläuterungen, Berlin 1867.

Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften. Vom 27. März 1867.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen rc., verordnen, mit Zustimmung der beiden Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

Abschnitt I.

Von Errichtung der Genossenschaften.

§. 1.

Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förder-

[59]) Der erste Entwurf, eine Privatarbeit von Schulze-Delitzsch, fällt in das Jahr 1860, derselbe war der englischen Gesetzgebung über die friendly societies nachgebildet. Inzwischen erfolgte die Publikation des A. D. HGB., dem nun die weiteren Entwürfe angepaßt wurden. Im J. 1863 reichte Schulze-Delitzsch einen von ihm ausgearbeiteten Gesetzentwurf im preußischen Abgeordnetenhause ein, welcher von einer Kommission des Hauses berathen wurde. Im Februar 1866 legte die Staatsregierung zuerst dem Herrenhause einen Gesetzentwurf vor, dessen Berathung nicht zu Ende geführt wurde. Hierauf brachte Schulze-Delitzsch den Entwurf vom J. 1863 in der Gestalt, wie er aus den Berathungen der Kommission hervorgegangen, von Neuem im Abgeordnetenhause ein (August 1866), bald darauf aber legte die Regierung (November 1866) dem Abgeordnetenhause einen neuen Entwurf vor, aus dem das Gesetz hervorgegangen ist. Vgl. über diese Entwürfe oben Note 20.

ung des Kredites, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (Genossenschaften), namentlich:

1) Vorschuß- und Kreditvereine,
2) Rohstoff- und Magazinvereine,
3) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkaufe der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften),
4) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkaufe von Lebensbedürfnissen im Großen und Ablaß in kleineren Partien an ihre Mitglieder (Konsumvereine),
5) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder,

erwerben die im gegenwärtigen Gesetze bezeichneten Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft", unter den nachstehend angegebenen Bedingungen.

§. 2.

Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es:

1) der schriftlichen Abfassung des Gesellschaftsvertrages (Statut),
2) der Annahme einer gemeinschaftlichen Firma.

Die Firma der Genossenschaft muß vom Gegenstande der Unternehmung entlehnt sein und die zusätzliche Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft" enthalten.

Der Name von Mitgliedern (Genossenschaftern) oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden. Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden Firmen eingetragener Genossenschaften deutlich unterscheiden,

Zum Beitritt der einzelnen Genossenschafter genügt die schriftliche Erklärung.

§. 3.

Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten:

1) die Firma und den Sitz der Genossenschaft;
2) den Gegenstand des Unternehmens;
3) die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
4) die Bedingungen des Ein- und Austrittes der Genossenschafter;
5) den Betrag der Geschäftsantheile der einzelnen Genossenschafter und die Art der Bildung dieser Antheile;
6) die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen ist, und die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt;
7) die Art der Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes;
8) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Genossenschafter geschieht;
9) die Bedingungen des Stimmrechtes der Genossenschafter und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird;
10) die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter,

sondern nur durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann;

11) die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind;

12) die Bestimmung, daß alle Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften.

§. 4.

Der Gesellschaftsvertrag muß bei dem Handelsgerichte (Art. 73 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861) [60]), in dessen Bezirke die Genossenschaft ihren Sitz hat, in das Genossenschaftsregister, welches einen Theil des Handelsregisters bildet, eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden.

Der Auszug muß enthalten:

1) das Datum des Gesellschaftsvertrages;
2) die Firma und den Sitz der Genossenschaft;
3) den Gegenstand des Unternehmens;
4) die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
5) die Namen und den Wohnort der zeitigen Vorstandsmitglieder;
6) die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Zugleich ist bekannt zu machen, daß das Verzeichniß der Genossenschafter jeder Zeit bei dem Handelsgerichte eingesehen werden könne.

Ist in dem Gesellschaftsvertrage eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen kund gibt und für die Genossenschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen [61]).

---

[60]) Die Worte „Art. 73 des Einf.-Gesetzes zum A. D. HGB. v. 24. Juni 1861" fallen für die im J. 1866 erworbenen neupreußischen Landestheile, in denen das Gesetz publizirt ist (s. Note 29) fort. VO. v. 12. Juli 1867 §. 1 und VO. v. 12. August 1867 §. 1.

[61]) Beispiel eines Eintrages im Genossenschaftsregister:

„In das Genossenschaftsregister des unterzeichneten Gerichtes ist eingetragen:

No. 1.
Firma der Genossenschaft:
Berliner Genossenschafts-Bäckerei,
eingetragene Genossenschaft.
Sitz der Genossenschaft:
Berlin.

Rechtsverhältnisse der Genossenschaft:

Der Gesellschafts-Vertrag datirt vom 15. Juli 1867, und befindet sich ein Abdruck desselben im Beilageband No. 1, Blatt 3—7.

Gegenstand des Unternehmens ist Herstellung und Verkauf zunächst von

§. 5.

Vor erfolgter Eintragung in das Genossenschaftsregister hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.

§. 6.

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages muß schriftlich erfolgen und dem Handelsgerichte unter Ueberreichung zweier Abschriften des Gesellschaftsbeschlusses angemeldet werden.

Mit dem Abänderungsbeschlusse wird in gleicher Weise wie mit dem ursprünglichen Vertrage verfahren. Eine Veröffentlichung desselben findet nur in so weit statt, als sich dadurch die in den früheren Bekanntmachungen enthaltenen Punkte ändern.

Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, in das Genossenschaftsregister eingetragen ist.

§. 7.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Genossenschaft eine Zweigniederlassung hat, muß diese Behufs der Eintragung in das Genossenschaftsregister angemeldet werden und ist dabei Alles zu beobachten, was die §§. 4 bis 6 für das Hauptgeschäft vorschreiben.

Roggenbrot, bei größerer Ausdehnung des Geschäftes auch anderer Backwaaren.

Die Vorstandsmitglieder sind:
der Kaufmann Gustav Albert Wilhelm **Siegmann**,
der Kaufmann Albert Franz **Große**,
beide zu Berlin.

Die Zeichnungen für die Genossenschaft geschehen rechtsverbindlich in der Weise, daß zu der Firma der Genossenschaft die beiden Vorstandsmitglieder ihre Namensunterschrift hinzufügen.

Die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen unter der Firma der Genossenschaft mit der Namensunterschrift der beiden Vorstandsmitglieder.

Die Einladungen zur Generalversammlung werden, wenn sie der Verwaltungsrath erläßt, von zwei Mitgliedern desselben unter Beifügung ihrer Namensunterschriften in der Weise:

Verwaltungsrath der Berliner Genossenschafts-Bäckerei (Eingetragene Genossenschaft)
unterzeichnet.

Die Veröffentlichung aller Bekanntmachungen geschieht durch die Volkszeitung.

Eingetragen zufolge Verfügung vom 24. Juli 1867 am selben Tage.

Das Verzeichniß der Genossenschafter kann jeder Zeit bei dem unterzeichneten Gerichte eingesehen werden.

Berlin, den 24. Juli 1867.

Königl. Stadtgericht. Abtheilung für Civilsachen."

Abschnitt II.

Von den Rechtsverhältnissen der Genossenschafter unter einander, sowie den Rechtsverhältnissen derselben und der Genossenschaft gegen Dritte.

§. 8.

Das Rechtsverhältniß der Genossenschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Letzterer darf von den Bestimmungen der nachfolgenden Paragraphen nur in denjenigen Punkten abweichen, bei welchen dies ausdrücklich für zulässig erklärt ist.

Der Gewinn und Verlust wird in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages unter die Genossenschafter nach Köpfen vertheilt.

§. 9.

Die Rechte, welche den Genossenschaftern in Angelegenheiten der Genossenschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnvertheilung zustehen, werden von der Gesammtheit der Genossen in der Generalversammlung ausgeübt.

Jeder Genossenschafter hat hierbei eine Stimme, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt.

§. 10.

Die eingetragene Genossenschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Die in Betreff der Kaufleute im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche und in dem Einführungsgesetze vom 24. Juni 1861 (Gesetz-Samml. S. 449)[62]) gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Genossenschaften, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.

§. 11.

Für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft, insofern zur Deckung derselben im Falle der Liquidation oder des Konkurses das Vermögen der

---

[62]) Für das Gebiet des vormaligen Königreiches Hannover treten an die Stelle der Worte „v. 24. Juli 1861" die Worte: „v. 5. Oktober 1864 (Hannover'sche Gesetz-Samml. Abth. I S. 213)". KVO. v. 12. Juli 1867 §. 2. — Für das vormalige Kurfürstenthum Hessen lautet das Datum des Einf.-Gesetzes: „v. 3. Mai 1865", für das ehemalige Herzogthum Nassau: „v. 2. Oktober 1861", für die ehemals freie Stadt Frankfurt: „v. 17. Oktober 1861", für die ehemals bayerischen Gebietstheile: „v. 10. November 1861", für die ehemals Hessen-Homburgischen Landestheile: „v. 25. August 1863", für die Großherzogl. hessischen Landestheile: „v. 29. September 1862"; vgl. K. VO. v. 12. August 1867 §. 2.

Genossenschaft nicht ausreicht, haften alle Genossenschafter solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen.

Wer in eine bestehende Genossenschaft eintritt, haftet gleich den anderen Genossenschaftern für alle von der Genossenschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.

§. 12.

Die Privatgläubiger eines Genossenschafters sind nicht befugt, die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte, oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur dasjenige sein, was der Genossenschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.

§. 13.

Die Bestimmung des vorigen Paragraphen gilt auch in Betreff der Privatgläubiger, zu deren Gunsten eine Hypothek oder ein Pfandrecht an dem Vermögen eines Genossenschafters kraft des Gesetzes oder aus einem anderen Rechtsgrunde besteht. Ihre Hypothek oder ihr Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen und Rechte oder auf einen Antheil an denselben, sondern nur auf dasjenige, was in dem letzten Satze des vorigen Paragraphen bezeichnet ist.

Jedoch werden die Rechte, welche an dem von einem Genossenschafter in das Vermögen der Genossenschaft eingebrachten Gegenstande bereits zur Zeit des Einbringens bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

§. 14.

Eine Kompensation zwischen Forderungen der Genossenschaft und Privatforderungen des Genossenschaftsschuldners gegen einen Genossenschafter findet während der Dauer der Genossenschaft weder ganz noch theilweise statt. Nach Auflösung der Genossenschaft ist sie zulässig, wenn und soweit die Genossenschaftsforderung dem Genossenschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.

§. 15.

Hat ein Privatgläubiger eines Genossenschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das demselben bei der demnächstigen Auflösung der Genossenschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, die Genossenschaft mag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, Behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung das Ausscheiden jenes Genossenschafters zu verlangen.

Die Aufkündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Genossenschaft geschehen.

Abschnitt III.

Von dem Vorstande, dem Aufsichtsrathe und der Generalversammlung.

§. 16.

Jede Genossenschaft muß einen aus der Zahl der Genossenschafter zu wählenden Vorstand haben. Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen, diese können besoldet oder unbesoldet sein. Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

§. 17.

Die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes müssen alsbald nach ihrer Bestellung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Der Anmeldung ist ihre Legimation beizufügen. Die Mitglieder des Vorstandes haben ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubter Form einzureichen.

§. 18.

Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärungen kund zu geben und für die Genossenschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich. Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma der Genossenschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Unterschrift hinzufügen.

§. 19.

Die Genossenschaft wird durch die vom Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Genossenschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Genossenschaft geschlossen werden sollte.

Die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der Genossenschaft erstreckt sich auch auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, für welche nach den Gesetzen eine Spezialvollmacht erforderlich ist. Zur Legitimation des Vorstandes bei allen das Hypothekenbuch betreffenden Geschäften und Anträgen genügt ein Attest des Handelsgerichtes, daß die darin zu bezeichnenden Personen als Mitglieder des Vorstandes in das Genossenschaftsregister eingetragen sind.

§. 20.

Der Vorstand ist der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Genossenschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Gegen dritte Personen hat jedoch eine Beschränkung des Vorstandes, die Genossenschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dieses gilt insbesondere für den Fall, daß die Ver-

tretung sich nur auf gewisse Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen, oder für eine gewisse Zeit, oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Generalversammlung eines Aufsichtsrathes oder eines anderen Organes der Genossenschafter für einzelne Geschäfte erfordert ist.

§. 21.

Eide Namens der Genossenschaft werden durch den Vorstand geleistet.

§. 22.

Jede Aenderung der Mitglieder des Vorstandes muß dem Handelsgerichte zur Eintragung in das Genossenschaftsregister und öffentlichen Bekanntmachung angezeigt werden.

Dritten Personen kann die Aenderung nur insoferne entgegengesetzt werden, als in Betreff dieser Aenderung die in Artikel 46 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches in Betreff des Erlöschens der Prokura bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind.

§. 23.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Genossenschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mitzuzeichnen befugt ist, geschieht.

§. 24.

Der Vorstand ist verbunden, dem Handelsgerichte am Schlusse jedes Quartals über den Eintritt und Austritt von Genossenschaftern schriftliche Anzeige zu machen und alljährlich im Monat Januar ein vollständiges alphabetisch geordnetes Verzeichniß der Genossenschafter einzureichen.

Das Handelsgericht berichtigt und vervollständigt danach die Liste der Genossenschafter.

§. 25.

Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Genossenschaft geführt werden. Er muß spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres, die Zahl der seit der vorjährigen Bekanntmachung aufgenommenen oder ausgeschiedenen, sowie die Zahl der zur Zeit der Genossenschaft angehörigen Genossenschafter veröffentlichen.

§. 26.

Mitglieder des Vorstandes, welche in dieser ihrer Eigenschaft außer den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden.

Sie haben, wenn ihre Handlungen auf andere als die in dem gegenwärtigen Gesetze (§. 1) erwähnten geschäftlichen Zwecke gerichtet sind, oder wenn sie in der Generalversammlung die Erörterung von Anträgen gestatten, oder nicht verhindern, welche auf keinen geschäftlichen Zweck, sondern auf öffentliche Angelegenheiten (§. 1 der Verordnung über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit gefährdenden Mißbrauches des Versammlungs-

rechtes vom 11. März 1850)[63]) gerichtet sind, eine Geldbuße bis zu 200 Thalern verwirkt.

§. 27.

Der Gesellschaftsvertrag kann dem Vorstande einen Aufsichtsrath (Verwaltungsrath, Ausschuß) an die Seite setzen.

Ist ein Aufsichtsrath bestellt, so überwacht derselbe die Geschäftsführung der Genossenschaft in allen Zweigen der Verwaltung, er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen, den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen und Generalversammlungen berufen. Er kann, sobald es ihm nothwendig erscheint, Vorstandsmitglieder und Beamte vorläufig, und zwar bis zur Entscheidung der demnächst zu berufenden Generalversammlung, von ihren Befugnissen entbinden und wegen einstweiliger Fortführung der Geschäfte die nöthigen Anstalten treffen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

§. 28.

Der Aufsichtsrath ist ermächtigt, gegen die Vorstandsmitglieder die Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschließt.

Wenn die Genossenschaft gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes einen Prozeß zu führen hat, so wird sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Generalversammlung gewählt werden. Jeder Genossenschafter ist befugt, als Intervenient in den Prozeß auf seine Kosten einzutreten.

§. 29.

Der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft, sowie die Vertretung der Genossenschaft in Beziehung auf diese Geschäftsführung kann auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Genossenschaft zugewiesen werden. In diesem Falle bestimmt sich die Befugniß derselben nach der ihnen ertheilten Vollmacht, sie erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

§. 30.

Die Generalversammlung der Genossenschafter wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

Eine Generalversammlung der Genossenschafter ist außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen zu berufen, wenn dies im Interesse der Genossenschaft erforderlich erscheint.

---

[63]) Die eingeklammerten Worte „(§. 1—11. März 1850)" fallen für das Gebiet des vormaligen Königreiches Hannover hinweg. K. VO. v. 12. Juli 1867 §. 3.

Die Generalversammlung muß sofort berufen werden, wenn mindestens der zehnte Theil der Mitglieder der Genossenschaft in einer von ihnen zu unterzeichnenden Eingabe an den Vorstand unter Anführung des Zweckes und der Gründe darauf anträgt. Ist in dem Genossenschaftsvertrage das Recht der Berufung einer Generalversammlung einem größeren oder geringeren Theile der Genossenschaftsglieder beigelegt, so hat es hierbei sein Bewenden.

§. 31.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekannt gemacht werden. Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hiervon ist jedoch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

§. 32.

Der Vorstand ist zur Beobachtung und Ausführung aller Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und der in Gemäßheit derselben von der Generalversammlung gültig gefaßten Beschlüsse verpflichtet und dafür der Genossenschaft verantwortlich.

Die Beschlüsse der Generalversammlung sind in ein Protokollbuch einzutragen, dessen Einsicht jedem Genossenschafter und der Staatsbehörde gestattet werden muß.

Abschnitt IV.

Von der Auflösung der Genossenschaft und dem Ausscheiden einzelner Genossenschafter.

§. 33.

Die Genossenschaft wird aufgelöst:

1) durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;

2) durch einen Beschluß der Genossenschaft;

3) durch Eröffnung des Konkurses (Falliments).

§. 34.

Wenn eine Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, oder wenn sie andere, als die im gegenwärtigen Gesetze (§. 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt, so kann sie aufgelöst werden, ohne daß deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet.

Die Auflösung kann in diesem Falle nur durch gerichtliches Erkenntniß auf Betreiben der Bezirksregierung erfolgen. Als das zuständige Gericht

ist dasjenige anzusehen, bei welchem die Genossenschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat.

Das Erkenntniß ist von dem zuständigen Gerichte demjenigen Gerichte, welches das Genossenschaftsregister führt, zur Eintragung und Veröffentlichung nach §. 36 mitzutheilen.

§. 35.

Die Auflösung der Genossenschaft muß, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Konkurses ist, durch den Vorstand zur Eintragung in das Genossenschaftsregister angemeldet werden; sie muß zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachungen der Genossenschaft bestimmten Blätter bekannt gemacht werden.

Durch die Bekanntmachung müssen die Gläubiger zugleich aufgefordert werden, sich bei dem Vorstande der Genossenschaft zu melden.

§. 36.

Die Konkurseröffnung ist vom Konkursgerichte von Amtswegen in das Genossenschaftsregister einzutragen. Die Bekanntmachung der Eintragung durch eine Anzeige in den im §. 4 Nr. 6 bestimmten Blättern unterbleibt. Wenn das Genossenschaftsregister nicht bei dem Konkursgerichte geführt wird, so ist die Konkurseröffnung von Seiten des Konkursgerichtes dem Handelsgerichte, bei welchem das Register geführt wird, zur Bewirkung der Eintragung unverzüglich anzuzeigen.

§. 37.

Jeder Genossenschafter hat das Recht, aus der Genossenschaft auszutreten, auch wenn der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen ist.

Ist über die Kündigungsfrist und den Zeitpunkt des Austrittes im Gesellschaftsvertrage nichts festgesetzt, so findet der Austritt nur mit dem Schlusse des Geschäftsjahres nach vorheriger, mindestens vierwöchentlicher Aufkündigung statt. Ferner erlischt die Mitgliedschaft durch den Tod, sofern der Gesellschaftsvertrag keine entgegengesetzten Bestimmungen enthält.

In jedem Falle kann die Genossenschaft Genossenschafter aus den im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Gründen, sowie wegen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, ausschließen.

§. 38.

Die aus der Genossenschaft ausgetretenen oder ausgeschlossenen Genossenschafter, sowie die Erben verstorbener Genossenschafter, bleiben den Gläubigern der Genossenschaft für alle bis zu ihrem Ausscheiden von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten bis zum Ablauf der Verjährung (§. 51) verhaftet.

Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt, haben sie an dem Reservefonds und an dem sonst vorhandenen Vermögen der Genossenschaft keinen Anspruch, sind vielmehr nur berechtigt, zu verlangen, daß ihnen der eingezahlte Geschäftsantheil nebst den zugeschriebenen Dividenden binnen drei Monaten nach ihrem Ausscheiden ausgezahlt werde.

Gegen diese Verpflichtung, auch wenn sich das Vermögen der Genossenschaft bei dem Austritte oder der Ausschließung eines Genossenschafters

vermindert hat, kann sich die Genossenschaft nur dadurch schützen, daß sie ihre Auflösung beschließt und zur Liquidation schreitet.

Abschnitt V.

Von der Liquidation der Genossenschaft.

§. 39.

Nach Auflösung der Genossenschaft außer dem Falle des Konkurses erfolgt die Liquidation durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluß der Genossenschaft an andere Personen übertragen wird. Die Bestellung der Liquidation ist jederzeit widerruflich.

§. 40.

Die Liquidatoren sind von dem Vorstande beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden; sie haben ihre Unterschrift persönlich vor dieser Behörde zu zeichnen oder die Zeichnungen in beglaubigter Form einzureichen.

Das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen ist gleichfalls zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden.

§. 41.

Dritten Personen kann die Ernennung von Liquidatoren, sowie das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen nur insofern entgegengesetzt werden, als hinsichtlich dieser Thatsachen die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Artikel 25 und 46 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches hinsichtlich einer Aenderung der Inhaber einer Firma oder des Erlöschens einer Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen mit rechtlicher Wirkung nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können.

§. 42.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Genossenschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Genossenschaft zu versilbern; sie haben die Genossenschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, sie können für dieselbe Vergleiche schließen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.

Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein Beschluß der Genossenschaft anders bestimmt, nur durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden.

§. 43.

Eine Beschränkung des Umfanges der Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren (§. 42) hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

§. 44.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, nunmehr als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

§. 45.

Die Liquidatoren haben der Genossenschaft gegenüber bei der Geschäftsführung den von der Generalversammlung gefaßten Beschlüssen Folge zu geben.

§. 46.

Die bei Auflösung der Genossenschaft vorhandenen und die während der Liquidation eingehenden Gelder werden, wie folgt, verwendet:

a) es werden zunächst die Gläubiger der Genossenschaft je nach der Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt und die zur Deckung noch nicht fälliger Forderungen nöthigen Summen zurückbehalten;
b) aus den alsdann verbleibenden Ueberschüssen werden die eingezahlten Geschäftsantheile einschließlich der denselben zugeschriebenen Dividenden früherer Jahre an die Genossenschafter zurückgezahlt. Reicht der Bestand zur vollständigen Deckung nicht aus, so erfolgt die Vertheilung desselben nach Verhältniß der Höhe der einzelnen Guthaben;
c) aus dem nach Deckung der Schulden der Genossenschaft, sowie der Geschäftsantheile der Genossenschafter, noch verbleibenden Bestande wird zunächst der Gewinn des letzten Rechnungsjahres an die Genossenschafter nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gezahlt. Die Vertheilung weiterer Ueberschüsse unter die Genossenschafter erfolgt in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen nach Köpfen.

§. 47.

Die Liquidatoren haben sofort beim Beginn der Liquidation eine Bilanz aufzustellen. Ergibt diese oder eine später aufgestellte Bilanz, daß das Vermögen der Genossenschaft (einschließlich des Reservefonds und der Geschäftsantheile der Genossenschafter) zur Deckung der Schulden der Genossenschaft nicht hinreicht, so haben die Liquidatoren bei eigener Verantwortlichkeit sofort eine Generalversammlung zu berufen und hierauf, sofern nicht Genossenschafter binnen acht Tagen nach der abgehaltenen Generalversammlung den zur Deckung des Ausfalles erforderlichen Betrag baar einzahlen, bei dem Handelsgerichte die Eröffnung des kaufmännischen[64]) Konkurses (Falliments) über das Vermögen der Genossenschaft zu beantragen.

---

[64]) Der Zusatz „kaufmännisch" fällt in den im J. 1866 erworbenen neupreußischen Landestheilen, in denen das Gesetz publizirt worden ist (s. Note 29), fort. K. VO. v. 12. Juli 1867 §. 4 u. 12. August 1867 §. 3.

§. 48.

Ungeachtet der Auflösung der Genossenschaft kommen bis zur Beendigung der Liquidation im Uebrigen in Bezug auf die Rechtsverhältnisse der bisherigen Genossenschafter untereinander, sowie zu dritten Personen, die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnittes dieses Gesetzes zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnittes und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein Anderes ergibt. Im Falle der Auflösung der Genossenschaft kann kein Genossenschafter wegen des etwaigen geringeren Betrages der statutenmäßigen Einzahlung auf seinen Geschäftsantheil von anderen Genossenschaftern, welche auf ihre Antheile mehr eingezahlt haben, im Wege des Rückgriffes in Anspruch genommen werden. Der Gerichtsstand, welchen die Genossenschaft zur Zeit ihrer Auflösung hatte, bleibt bis zur Beendigung der Liquidation für die aufgelöste Genossenschaft bestehen. Zustellungen an die Genossenschaft geschehen mit rechtlicher Wirkung an einen der Liquidatoren.

§. 49.

Nach Beendigung der Liquidation werden die Bücher und Schriften der aufgelösten Genossenschaft einem der gewesenen Genossenschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Genossenschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft durch das Handelsgericht bestimmt.

Die Genossenschafter und deren Rechtsnachfolger behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

§. 50.

Ueber das Vermögen der Genossenschaft wird außer im Falle des §. 47 der kaufmännische Konkurs (Falliment) eröffnet, sobald sie ihre Zahlungen vor oder nach ihrer Auflösung eingestellt hat. §. 281 Nr. 2 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, Rheinisches Handelsgesetzbuch Art. 441, Gesetz vom 9. Mai 1859 (Gesetz-Samml. S. 208) [65]).

Die Verpflichtung zur Anzeige der Zahlungseinstellung liegt dem Vorstande der Genossenschaft, und wenn die Zahlungseinstellung nach Auflösung der Genossenschaft eintritt, den Liquidatoren derselben ob.

Die Genossenschaft wird durch den Vorstand, beziehungsweise die Liquidatoren vertreten. Dieselben sind persönlich zu erscheinen und Auskunft

---

[65]) An die Stelle des ersten und zweiten Absatzes in §. 50 tritt nach der K. VO. v. 12. Juli 1867 §. 5 für das vormalige Königreich Hannover folgende Bestimmung: „Das Konkursverfahren (§. 47) richtet sich nach den Vorschriften der allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Hannover v. 8. November 1850 Theil 6. (Ges.-Samml. I Abthl. S. 341 u. f.)". — In den übrigen neupreußischen Landestheilen, in denen das Gesetz publizirt ist (Kurfürstenthum Hessen u. s. w., s. Note 29), tritt an die Stelle des ersten und zweiten Absatzes desselben §. folgende Bestimmung: „Das Konkursverfahren über das Vermögen der Genossenschaft richtet sich nach den für die einzelnen Landestheile geltenden allgemeinen Vorschriften". K. VO. v. 12. August 1867 §. 4.

zu ertheilen in allen Fällen verpflichtet, in welchen dies für den Gemeinschuldner selbst vorgeschrieben ist. Ein Akkord (Konkordat) kann nicht geschlossen werden.

Der Konkurs (Falliment) über das Gesellschaftsvermögen zieht den Konkurs (Falliment) über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschafter nicht nach sich.

Der Beschluß über Eröffnung des Konkurses (resp. die Erklärung des Fallimentes) hat die Namen der solidarisch verhafteten Genossenschafter nicht zu enthalten. Sobald der Konkurs (Falliment) beendigt ist, sind die Gläubiger berechtigt, wegen des Ausfalles an ihren Forderungen, jedoch nur, wenn solche bei dem Konkursverfahren (Falliment) angemeldet und verifizirt sind, einschließlich Zinsen und Kosten, die einzelnen, ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch zu nehmen.

Abschnitt VI.

Von der Verjährung der Klagen gegen die Genossenschafter.

§. 51.

Die Klagen gegen einen Genossenschafter aus Ansprüchen gegen die Genossenschaft verjähren in zwei Jahren nach Auflösung der Genossenschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eingetragen oder das Ausscheiden, beziehungsweise die Ausschließung des Genossenschafters dem Handelsgerichte angezeigt ist. Wird die Forderung erst nach diesem Zeitpunkte fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit. Ist noch ungetheiltes Genossenschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die zweijährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht.

§. 52.

Die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters wird nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Genossenschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft unterbrochen.

Die Verjährung zu Gunsten eines bei der Auflösung der Genossenschaft zu derselben gehörigen Genossenschafters wird nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Genossenschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren, beziehungsweise gegen die Konkursmasse, unterbrochen.

§. 53.

Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.

Schlußbestimmungen.

§. 54.

Das Handelsgericht hat den Vorstand der Genossenschaft zur Befolgung der in den §§. 4, 6, 17, 22, 24, 25, 30 Absatz 3, 32 Absatz 2, 35, 40 enthaltenen Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Für das hierbei zu befolgende Verfahren sind die im Artikel 5 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 getroffenen Bestimmungen maaßgebend [66]).

§. 55.

Unrichtigkeiten in den nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes dem Vorstande obliegenden Anzeigen oder sonstigen amtlichen Angaben werden gegen die Vorstandsmitglieder mit Geldbuße bis zu 20 Thalern geahndet.

§. 56.

Durch die im §. 55 enthaltene Bestimmung wird die Anwendung härterer Strafen nicht ausgeschlossen, wenn dieselben nach sonstigen Gesetzen durch die Handlung begründet werden.

§. 57.

Die Eintragungen in das Genossenschaftsregister erfolgen kostenfrei [67]). Die näheren geschäftlichen Anordnungen über die Führung des Genossenschaftsregisters bleiben einer von den Ministern für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten und der Justiz zu erlassenden Instruktion vorbehalten [68]).

Die Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten und der Justiz werden mit der Ausführung dieses Gesetzes beauftragt.

---

[66]) Für das Gebiet des vormaligen Königr. Hannover tritt an die Stelle des 2. Absatzes des §. 54 folgende Bestimmung: „Die Ordnungsstrafen können im einzelnen Falle bis zur Summe von 200 Thalern angedroht und erkannt werden. Eine Umwandlung der Geldbuße in Gefängnißstrafe findet nicht statt." K. VO. v. 12. Juli 1867 §. 6. – In den übrigen neupreußischen Landestheilen, in denen das Gesetz publizirt ist (s. Note 29), lautet die entsprechende Bestimmung: „Die Höhe der Ordnungsstrafen und das bei ihrer Festsetzung zu befolgende Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen, welche in den in §. 10 erwähnten Einführungsgesetzen für die durch das Handelsgesetzbuch angedrohten Ordnungsstrafen getroffen sind." K. VO. v. 12. August 1867 §. 5.

[67]) Für das Gebiet des vormaligen Königr. Hannover gilt rücksichtlich des Stempels der Genossenschaftsverträge (§. 2 des Ges.) noch folgende Bestimmung, Art. 2 der K. VO. v. 12. Juli 1867 (s. oben S. 18 Note 29): „Der nach Nummer 144 des Stempeltarifes v. 30. Januar 1859 (Hannov. Ges.-Samml. Abthl. I S. 39) zu Gesellschaftsverträgen zu verwendende besondere Stempel wird für die zur Gründung von Genossenschaften geschlossenen Verträge (§. 2 des Gesetzes), ohne Rücksicht auf den Betrag des in die Gesellschaft einzuschießenden Kapitales, auf 15 Sgr. (15 Groschen Hannoversch Kurant) festgesetzt".

[68]) Ministerial-Instruktion vom 2. Mai 1857.

§. 19.

Das Gesetz gibt zu folgenden Erörterungen Veranlassung:

1) Das preußische Genossenschaftsgesetz hat die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften als eine besondere Art privatrechtlicher Gesellschaften anerkannt und sie durch die Aufnahme in das Handelsregister, wenn auch in eine besondere neue Abtheilung desselben (Genossenschaftsregister), den Handelsgesellschaften gleichgestellt. Die wirthschaftlichen Genossenschaften erlangen durch die Eintragung in das Handelsregister die Rechte, aber auch die Pflichten der Handelsgesellschaften und der Kaufleute, also namentlich auch die Verpflichtung zur Buchführung und zur Ziehung der Bilanz (HGB. Art. 28, 29).

Das Gesetz hebt fünf verschiedene Arten von Genossenschaften hervor (§. 1 des Gesetzes), ohne sich jedoch auf diese fünf Arten zu beschränken, wie dies aus dem Zusatze „namentlich" in §. 1 des Gesetzes hervorgeht.

Wenn sich demnach noch andere Genossenschaften bilden, welche den allgemeinen Bedingungen des §. 1 des Gesetzes entsprechen, indem sie von nicht geschlossener Mitgliederzahl sind und die Förderung des Kredites, des Erwerbes oder der Wirthschaft *ihrer Mitglieder* mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken, oder wenn eine und dieselbe Genossenschaft gleichzeitig mehrere der im Gesetze bezeichneten Zwecke vereinigt [69]), so können dieselben in das Genossenschaftsregister eingetragen werden, sie unterliegen dann aber auch den übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes. In der Praxis wird sich diese Ausdehnung namentlich auch auf einzelne Arten der neu entstandenen ländlichen Genossenschaften beziehen, da eine Einschränkung auf die wirthschaftlichen Zwecke des Handwerkes, der Industrie oder des Handels im Gesetze überall nicht enthalten ist; das Gesetz spricht vielmehr ganz allgemein von Gesellschaften, welche die Förderung des Kredites, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder bezwecken [70]).

---

[69]) Ein Rohstoffverein von Tischlern kann zugleich Magazinverein sein, eine Produktivgenossenschaft zugleich Konsumverein und Baugenossenschaft, eine Baugenossenschaft zugleich Vorschuß- und Konsumverein u. s. w. Die ausgedehnteste Vereinigung der verschiedensten wirthschaftlichen Zwecke hat wohl bei der unter dem Namen der Pioniere von Rochdale bekannten großen englischen Genossenschaft stattgefunden. Vgl. V. A. *Huber*, Soziale Fragen V. Heft, Nordhausen 1867.

[70]) Vorausgesetzt, daß der Geschäftsbetrieb solcher Vereine im Abschlusse von *Rechtsgeschäften* für die Mitglieder besteht und daß die Konstituirung des Vereines eine dauernde, nicht eine vorübergehende ist. So würden die

§. 20.

2) Die Durchführung des Gesellschaftszweckes muß in der Form eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes erreicht werden. Nach den Motiven des Gesetzes soll durch dieses Merkmal der Gegensatz zu denjenigen Vereinen bezeichnet werden, welche den Charakter von Wohlthätigkeits-Instituten an sich tragen; letztere sind von der Kategorie der einzutragenden Genossenschaften ausgeschlossen. Demnach gehören nicht zu den einzutragenden Genossenschaften: die Kranken- und Unterstützungskassen der Handwerker und Fabrikarbeiter sowie die Knappschaftsvereine, die rechtliche Stellung dieser beiden Arten wohlthätiger Vereine und Anstalten ist durch Spezialgesetze geregelt; ferner auch nicht die zahlreichen Begräbniß-Vereine und Sterbekassen. Gleiches gilt von denjenigen Vereinen der Gewerbetreibenden, welche nur Bildungs- oder Unterhaltungszwecke verfolgen, so von den Handwerkerbildungsvereinen, Lesevereinen, polytechnischen Vereinen u. s. w., sollten dieselben im Uebrigen auch die äußere Organisation der wirthschaftlichen Genossenschaften angenommen haben. Und endlich dürfen mit den wirthschaftlichen Genossenschaften nicht diejenigen Einrichtungen verwechselt werden, bei denen den Arbeitern in dem Etablissement eines Einzelnen oder einer Handelsgesellschaft gewisse Antheile am Reingewinne (Tantième) bewilligt werden; durch solche Einrichtungen entsteht überall keine wirkliche Genossenschaft im Sinne des Gesetzes und der bisherigen Auffassung, denn die Arbeiter sind dann immer nur am Gewinne eines Dritten, als des Unternehmers, betheiligt, sie sind nicht zugleich selbst Unternehmer und die Bezeichnung Genossenschaft würde aus dem Grunde nicht passen, weil kein

---

in neuerer Zeit in Rheinpreußen, Würtemberg und Baden entstandenen Weinbaugenossenschaften, welche nicht blos die Verbesserung der Weinkultur, sondern den gemeinschaftlichen Verkauf der von den Vereinsmitgliedern gewonnenen Erträge bezwecken, zweifellos unter die im Genossenschaftsgesetze anerkannten Magazinvereine oder unter die Produktivgenossenschaften fallen und in das Genossenschaftsregister eingetragen werden können, wenn der Zweck der Vereinigung ein dauernder ist. Vgl. die Statuten der Weinbaugesellschaft zu Neckarsulm (Würtemberg) §. 1: „Zweck der Gesellschaft ist Erzielung eines möglichst guten Weines, baldiger und guter Verkauf des Erzeugnisses und Kostenersparniß." Diese Genossenschaft bildet sich jedoch in jedem Jahre von Neuem (§. 12 der Statuten: „Mit Abschluß der Rechnung und Vertheilung des Erlöses ist das Geschäft des Ausschusses erledigt".) Vgl. die Schrift: Ueber Weinbaugenossenschaften, Karlsruhe, Braun'sche Hofbuchdruckerei, 1866 und Neue landwirthsch. Zeitung v. Fühling 1867 9. Heft.

gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt [71]). Verfolgt aber ein zu der Kategorie der einzutragenden Genossenschaften gehörender Verein neben seinen wirthschaftlichen Zwecken auch noch Wohlthätigkeits-, Unterhaltungs- oder Bildungszwecke, so wird dadurch an der rechtlichen Natur der Genossenschaft selbst nichts geändert.

In der Literatur des Genossenschaftswesens wird der Schwerpunkt in der Regel darauf gelegt, daß die wirthschaftlichen Genossenschaften auf dem Prinzipe der Selbsthülfe beruhen. Hiermit soll der Gegensatz zu den aus öffentlichen oder aus Privatmitteln unterstützten Assoziationen von Handwerkern bezeichnet werden. Das Gesetz hat aber, wie die Motive hervorheben, den in juristischer Hinsicht nicht völlig entscheidenden Begriff der Selbsthülfe nicht aufgenommen; die rechtlich nothwendige Grenze gegen die Wohlthätigkeitsanstalten ist, wie erwähnt, im Gesetze in anderer Weise gezogen worden.

Findet bei einem im Uebrigen zur Kategorie der einzutragenden Genossenschaften gehörenden Vereine gar kein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb statt, so ist derselbe auch nicht in das Register einzutragen. Ob letzteres, wie in den Motiven des Gesetzes bemerkt ist, auf die Marken-Konsumvereine Anwendung finde, ist eine rein thatsächliche Frage.

§. 21.

3) Durch das Erforderniß der nicht geschlossenen Mitgliederzahl, welches die Definition in §. 1 des Gesetzes aufstellt, soll der im Wesen dieser Genossenschaften begründete freie, immerhin aber doch statutenmäßig geregelte Eintritt und Austritt der Mitglieder gesichert werden. Zum

---

[71]) Ein bezeichnender Name für derartige Betheiligungen am Unternehmergewinne des Etablissementsherrn durch Tantième würde die „Dividendengenossenschaft" sein. Vgl. V. A. Huber, die Dividendengenossenschaft in der Druckerei P. Dupont und Comp. in Paris, Beilage zur Allgemeinen Zeitung 1865 Nr. 357; ferner V. A. Huber, die latente Assoziation (Soziale Fragen IV. Heft), Nordhausen 1866; Annuaire de l'Association pour 1867 p. 204 (Le Familistère de Guise). Im Gegensatze zu solchen Gewinnbetheiligungen der Arbeiter am Betriebe eines Dritten als des alleinigen Unternehmers lautete der §. 1 der Statuten der Maschinenbau-Arbeiter-Kompagnie zu Chemnitz (Produktivgenossenschaft): „Der Zweck der unter der Firma Maschinenbau-Arbeiter-Kompagnie zu Chemnitz zusammengetretenen Aktiengesellschaft ist der fabrikmäßige Betrieb des Maschinenbaues durch Unternehmer, welche zugleich bei der Fabrikation als Arbeiter sich betheiligen."

Wesen der Genossenschaft gehört es, daß der Personalbestand auch ohne besondere Verabredung einem steten Wechsel unterworfen sein kann, ohne daß die alte Genossenschaft sich auflöst und eine neue entsteht. Die Genossenschaften theilen diese Eigenschaft mit der Aktiengesellschaft. Dagegen gibt es keine gesetzliche Minimalzahl für das Vorhandensein einer einzutragenden Genossenschaft, weil, wie die Motive bemerken, sich kein allgemein zutreffender Maßstab für die Abmessung einer solchen Zahl finden läßt.

§. 22.

4) Eine vom Gesetze nicht berührte Eigenthümlichkeit der meisten Genossenschaften besteht darin, daß die Geschäftsantheile (Stammantheile, Einlagen) der Mitglieder, also das Gesellschaftskapital überhaupt, erst durch allmähliches Ansammeln kleinerer Beiträge und durch Zurückbehaltung der Gewinnantheile bis zu einer statutenmäßig bestimmten Höhe gebracht werden [72]). So lange der Geschäftsantheil eines Mitgliedes die statutarische Höhe noch nicht erreicht hat, nimmt dasselbe an der Gewinnvertheilung nur durch Gutschreibung, nicht durch Baarzahlung Theil. Die zum Zwecke der Ansammlung des Gesellschaftskapitales und der Antheile der Einzelnen zu zahlenden regelmäßigen (monatlichen) Beiträge werden in den Statuten häufig Steuern (Monatssteuern) genannt und in der Geschäftssprache der Genossenschaften wird diese Ansammlung des Gesellschaftskapitales als das Prinzip der Kotisation bezeichnet. [73]).

---

[72]) Die Statuten der einzelnen Genossenschaften enthalten Bestimmungen sowohl über das Minimum wie über das Maximum der Geschäftsantheile der Einzelnen. Vgl. die folgende Note.

[73]) Statuten des Darlehenskassen-Vereines zu Zerbst §. 4: „Die Vereinsmitglieder sind verpflichtet: a) ein Eintrittsgeld, dessen Höhe alljährlich nach Maßgabe des Vereinsvermögens durch die Generalversammlung bestimmt wird, an den Reservefond zu zahlen, b) einen fortlaufenden Beitrag von mindestens $2^1/_2$ sgr. allmonatlich, so lange dies nach §. 5 (Maximum von 20 Thlr.) erforderlich und zulässig ist, zur Verstärkung des Betriebsfondes in die Kasse einzulegen." §. 5: „Verringert sich das Guthaben eines Einzelnen, so wird bis zur genannten Höhe die Steuer §. 4 ad b von Neuem eingezogen." Statuten des Kreditvereines zu Meißen §. 28: „Zur Begründung der Stammeinlage zahlt jedes Mitglied beim Eintritte in den Verein 2 Thlr., und sodann monatlich wenigstens $2^1/_2$ Ngr. so lange, bis die Summe von 12 Thlrn. erfüllt ist." Normalstatut für Konsumvereine (Menger a. a. O. S. 75) §. 2: „Es wird jedoch nachgelassen, von diesen (Eintritts-) Beträgen sofort nur 5 Sgr. zu erlegen, und ist der Rest alsdann mit mindestens

§. 23.

5) Rücksichtlich der Vorschuß- und Kreditvereine (§. 1 des Gesetzes) hat das Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß dieselben nur an ihre Mitglieder Darlehen geben dürfen.

Bei den Rohstoffvereinen kommen die bereits oben vom Standpunkte des HGB. aufgestellten Unterscheidungen, namentlich auch die zwischen Vereinen zur Anschaffung von Zuthaten zum einfachen Handwerksbetriebe und anderen Vereinen in Wegfall. Das Gesetz sieht von der vom Standpunkte des Handelsgesetzbuches unerläßlichen Frage, ob die Genossenschafter Kaufleute und ob die von ihnen geschlossenen Geschäfte Handelsgeschäfte sind oder nicht, völlig ab. Gleiches gilt auch von den rücksichtlich der übrigen Genossenschaften aufgestellten Unterscheidungen. Namentlich fällt bei den Produktivgenossenschaften das Erforderniß hinweg, daß die von der Genossenschaft angefertigten Gegenstände aus gekauftem oder anderweitig angeschafftem, nicht aber aus selbstproduzirtem Materiale hergestellt werden müssen. Das Gesetz hat dieses Requisit nirgends aufgestellt, es sieht vielmehr von den durch das HGB. gezogenen Schranken völlig ab und legt den Schwerpunkt nur darein, daß die Produktivgenossenschafft von nicht geschlossener Mitgliederzahl ist.

Bei den Magazinvereinen ist es nicht erforderlich, daß der Verkauf für Rechnung der Genossenschaft gerade in einem Magazine stattfindet. Erforderlich ist nur, daß der Verkauf mittelst eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bewirkt wird. Ferner ist auch bei den Magazinvereinen von dem Erfordernisse eines Handelsgeschäftes im Sinne des A. D. HGB. ganz abzusehen, da das Gesetz dasselbe nirgends aufstellt. Das Gesetz stellt in §. 10 die sämmtlichen eingetragenen Genossenschaften ausdrücklich den Kaufleuten gleich, soweit das Gesetz selbst keine abweichenden Vorschriften enthält.

§. 24.

6) Zur Gründung einer eingetragenen, beziehungsweise einer einzutragenden Genossenschaft bedarf es keiner staatlichen Genehmigung [74]), wohl

---

$2^1/_2$ Sgr. wöchentlich oder 10 Sgr. monatlich nachzuzahlen." Normalstatut eines Rohstoffvereines (Menger, S. 78) §. 2: „Der Fond der Association wird gebildet: b) durch Eintrittsgelder und laufende Beisteuern der Mitglieder." Normalstatut für Produktivgenossenschaften (Menger, S. 85) §. 3 (Geschäftsantheile der Mitglieder): „Der Rest wird durch Monatssteuern aufgebracht."

[74]) Der Regierungs-Entwurf des Gesetzes ging von dem Grundsatze aus, daß nur die von der Staatsregierung anerkannten Genossenschaften eintragungs-

aber eines schriftlichen Gesellschafts-Vertrages oder Statutes (§. 2 des Gesetzes). Doch genügt hier die Form der Privaturkunde, die notarielle oder gerichtliche Abfassung des Vertrages ist nicht erforderlich. Wie bei den Aktiengesellschaften (Art. 208 des HGB.) so hat man auch bei den Genossenschaften den von den ersten Gründern zu schließenden Gesellschaftsvertrag (Statut) zu unterscheiden von den Beitrittserklärungen der einzelnen Genossenschafter; dieselben können selbständig erfolgen, müssen aber ebenfalls schriftlich geschehen.

§. 25.

7) Das Gesetz ist nicht dahin zu verstehen, daß alle vorhandenen oder neu sich bildenden Genossenschaften der im Gesetze bezeichneten Kategorieen gezwungen seien, sich in das Genossenschaftsregister eintragen zu lassen und sich dem Genossenschaftsgesetze zu unterwerfen. Ein solcher Zwang besteht nicht. Das Gesetz geht vielmehr von dem Grundsatze aus: Beneficia non obtruduntur. Es können nach wie vor Genossenschaften der im Gesetze bezeichneten Kategorieen bestehen oder sich neu bilden, ohne daß sie die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft in Anspruch nehmen. (Ministerial-Instruktion vom 2. Mai 1867 §. 4.) Solche Genossenschaften sind dann auch nach wie vor nach den oben entwickelten Grundsätzen des Handelsrechtes, nicht aber nach dem Genossenschaftsgesetze vom 27. März 1867 zu beurtheilen [75]). Ein Zwang zur Eintragung tritt nur dann ein, wenn eine Genossenschaft sich der Firma als „eingetragene Genossenschaft" bedient, in diesem Falle ist sie vom Handelsgerichte zur Anmeldung behufs der Eintragung anzuhalten, denn alsdann hat sich die Genossenschaft selbst als eine solche bezeichnet, welche dem Spezialgesetze unterliegt und auf welche der §. 4 des letzteren Anwendung findet. (Ministerial-Instruktion vom 2. Mai 1867 §. 4.) In diesem Falle tritt das im §. 54 des Gesetzes vorgesehene und in der Ministerial-Instruktion §. 30—40 näher bestimmte Verfahren von Amts-

---

fähig sein und die Rechte des neuen Gesetzes genießen sollten; die Anerkennung sollte durch die Oberpräsidenten der Provinzen erfolgen. Bei den Berathungen in beiden Häusern des Landtages wurde jedoch, in Uebereinstimmung mit den Petitionen der Genossenschaften, diese Anerkennung gestrichen, weil dieselbe nur Erschwerungen und Verzögerungen für die Genossenschaften ohne entsprechende Vortheile bewirke. Die Staatsregierung erklärte sich mit der Streichung einverstanden; die polizeilichen Garantieen für die Regierung sollen in anderer Weise, nämlich durch die Strafbestimmungen des §. 26 erreicht werden.

[75]) S. oben §. 7.

wegen ein, das Verfahren richtet sich gegen den Vorstand der Genossenschaft, welcher auch in die Ordnungsstrafen zu verurtheilen ist.

§. 26.

8) Steht es in der freien Wahl der im Gesetze bezeichneten Genossenschaften, ob sie zu den eingetragenen gehören wollen oder nicht, so muß dieser Grundsatz auch nach erfolgter Eintragung zur Anwendung kommen, d. h. eine bereits eingetragene Genossenschaft kann sich als solche auflösen und ihre Firma im Genossenschaftsregister löschen lassen und kann nachher als nicht eingetragene Genossenschaft sich von Neuem konstituiren, beziehungsweise den früheren Betrieb fortsetzen. Auch in diesem Falle gilt der Satz Beneficia non obtruduntur. Das Gesetz legt hier ebensowenig ein Hinderniß in den Weg wie in dem Falle, wenn eine Aktiengesellschaft, um sich der staatlichen Aufsicht und Kontrole zu entziehen oder aus anderen Gründen sich als solche auflösen und im Register löschen lassen will, um sodann ihr Gewerbe in irgend einer anderen Gesellschaftsform fortzusetzen, bezüglich von Neuem zu betreiben.

Zwei Punkte sind jedoch hierbei zu beachten:

a) Eine eingetragene Genossenschaft kann diese Eigenschaft nur im Wege der förmlichen Auflösung nach Maßgabe der §§. 33 f. des Gesetzes verlieren oder freiwillig aufgeben. Die Bestimmungen der §§. 33 f. sowie auch die Bestimmungen der §§. 39 f. über die Liquidation nach Auflösung der Genossenschaft müssen jederzeit eingehalten werden, diese gesetzlichen Bestimmungen gehören zu denjenigen, welche durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden können (§. 8 des Ges.); dieselben sind nicht blos im Interesse der Genossenschafter, sondern wesentlich auch im Interesse der Gläubiger gegeben. Wenn demnach eine eingetragene Genossenschaft auf diese Firma verzichten und im Uebrigen als nicht eingetragene Genossenschaft fortbestehen will, so kann sie dies nicht auf dem Wege erreichen, daß sie sich darauf beschränkt, beim Handelsgerichte die Löschung ihrer Firma im Genossenschaftsregister zu beantragen. Ein solcher Antrag und eine derartige einfache Löschung ist unzulässig; die Löschung kann nur auf Grund des Nachweises erfolgen, daß die Genossenschaft aufgelöst ist, §. 33—35 des Gesetzes; die Auflösung muß zu drei verschiedenen Malen öffentlich bekannt gemacht, die Gläubiger müssen durch die Bekanntmachung zugleich aufgefordert werden, sich beim Vorstande der aufgelösten Genossenschaft zu melden und der Auflösung muß die Liquidation folgen.

b) Da die eingetragene und die nicht eingetragene Genossenschaft zwei verschiedene Rechtsinstitute sind, so unterliegt die Frage, ob nach Auf-

lösung einer eingetragenen Genossenschaft dieselbe gleichwohl als nicht eingetragene fortbestehen soll, keinem Majoritätsbeschlusse der Genossenschafter. Kein Genossenschafter kann durch Majoritätsbeschluß zur Theilnahme an der neuen Genossenschaft gezwungen werden, vielmehr würde Einstimmigkeit aller erforderlich sein [76]). Eine Ausnahme hiervon ist nur dann denkbar, wenn die Statuten einer eingetragenen Genossenschaft über die mögliche Fortsetzung des Betriebes in Form der nicht eingetragenen Genossenschaft, nach erfolgter Auflösung und Liquidation der eingetragenen, besondere Bestimmungen enthalten, so daß die Theilnehmer für diesen Fall im Voraus gebunden sind.

§. 27.

9) Anders liegt der Fall, wenn eine Genossenschaft, die sich der Firma einer eingetragenen Genossenschaft nicht bedient, nach der rechtlichen Natur ihres Geschäftsbetriebes und nach den Bestimmungen des HGB. als eine Handelsgesellschaft erscheint. Alsdann kann dieselbe vom Handelsgerichte von Amtswegen zur Anmeldung der Eintragung angehalten werden, zwar nicht zur Eintragung in das Genossenschaftsregister, wohl aber in das Gesellschaftsregister nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen über die Anmeldung der Handelsgesellschaften (Art. 89, 154 des HGB.). Ob und wann eine Genossenschaft den Bestimmungen des HGB. gegenüber als Handelsgesellschaft anzusehen ist, ist nach den oben aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen.

Erscheint eine Genossenschaft, welche im Uebrigen der im §. 1 des Gesetzes vom 27. März 1867 gegebenen Definition entspricht, wirklich zugleich als Handelsgesellschaft, so hat sie die Wahl, ob sie sich als Handelsgesellschaft in das Handels-Gesellschaftsregister oder als Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eintragen lassen will. Vom praktischen Gesichtspunkte wird in der Regel das Letztere für sie vortheilhafter sein, wenn man die großen Erleichterungen in Erwägung zieht, welche mit der Eintragung in das Genossenschaftsregister verbunden sind. Doch sind Fälle denkbar, in welchen die Genossenschaft aus besonderen Gründen es vorzieht, sich als Handelsgesellschaft eintragen zu lassen, weil sie in der That eine solche ist, und in welchen sie auf die Vortheile des Spezialgesetzes vom 27. März 1867 verzichtet; das Gesetz übt auch hier keinen Zwang aus. Diese Wahl steht der Genossenschaft selbstverständlich nicht frei, wenn sie den Erfordernissen

---

[76]) Es verhält sich analog wie bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine andere Gesellschaftsart; auch hierzu ist Einstimmigkeit erforderlich.

des Spezialgesetzes nicht entspricht. Wenn nach dem Genossenschaftsstatut nicht sämmtliche Mitglieder solidarisch haften, oder wenn die Zahl der Mitglieder eine geschlossene ist, anstatt eine nichtgeschlossene zu sein (§. 1 des Gesetzes), so kann die Genossenschaft nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen werden und sie kann keinen Anspruch auf die Firma einer eingetragenen Genossenschaft machen. Der letztere Punkt, nämlich die Frage, ob die Mitgliederzahl eine geschlossene ist oder nicht, ist namentlich bei den Produktivgenossenschaften zu beachten, welche sich mitunter auch in dieser Hinsicht gar nicht von der offenen Handelsgesellschaft unterscheiden. Ein ausschließliches Anrecht auf den Namen Genossenschaft (Produktivgenossenschaft, Magazinverein u. s. w.) haben die eingetragenen Genossenschaften nicht, das Anrecht erstreckt sich nur auf die Bezeichnung als eingetragene Genossenschaft; abgesehen von dieser Beschränkung kann der Name Genossenschaft auch in der Firma einer Handelsgesellschaft vorkommen und wird auch thatsächlich in das Handels-Firmenregister eingetragen.

Uebrigens gilt alles Dasjenige, was über die Umwandlung einer eingetragenen Genossenschaft in eine nicht eingetragene bemerkt worden ist (Nr. 6), auch von der Umwandlung in eine förmliche Handelsgesellschaft; es muß dieser Umwandlung und Neubildung die Auflösung und Liquidation der eingetragenen Genossenschaft vorhergehen.

§. 28.

10) Bei der Beurtheilung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des preußischen Genossenschaftsgesetzes vom 27. März 1867 ist daran festzuhalten, daß dieselben theils den Bestimmungen des HGBuches über die offene Handelsgesellschaft, theils aber, und zwar zum größten Theile, den Bestimmungen des HGBuches über die Aktiengesellschaften entnommen oder diesen doch nachgebildet sind. Dieser Weg, die Kombination der Prinzipien der offenen Handelsgesellschaft mit der äußeren Organisation der Aktiengesellschaft, war schon durch die bestehenden Statuten der wirthschaftlichen Genossenschaften vorgezeichnet.

Den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft sind im Gesetze theils wörtlich entlehnt, theils unter Modifikationen nachgebildet die §§. 8 (Abs. 2), 10, 11, 12, 13, 14, 15, sowie die Bestimmungen über die Liquidation §§. 39—50 und über die Verjährung §§. 51—53. Im Einzelnen ist hierzu Folgendes zu bemerken.

§. 29.

11) Der §. 10 des Gesetzes entspricht wörtlich dem Art. 111 des

HGB., nicht dem Art. 213 über die Aktiengesellschaften. In letzterem Artikel ist die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft, wie bereits hervorgehoben wurde, allerdings schärfer ausgedrückt als im Art. 111 rücksichtlich der offenen Handelsgesellschaft. Allein obgleich nicht die Fassung des Art. 213, sondern diejenige des Art. 111 gewählt worden ist, war man bei der Berathung des ganzen Gesetzes darüber nicht im Zweifel, daß die eingetragenen Genossenschaften die rechtliche Eigenschaft juristischer Personen haben[77]).

Es liegt hierin gleichzeitig ein weiterer Beweis für die Ansicht, daß aus der Verschiedenheit des Wortlautes des Art. 111 des HGB. gegenüber demjenigen des Art. 213 kein Argument gegen die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft hergeleitet werden kann[78]).

§. 30.

12) Die in §. 11 des Gesetzes ausgesprochene Solidarhaft sämmtlicher Genossenschafter, von welcher durch den Gesellschaftsvertrag nicht dispensirt werden kann, entspricht der Vorschrift des Art. 112 des HGB., zugleich auch dem Art. 113, jedoch mit der wichtigen Modifikation, daß die persönliche und solidarische Haft der sämmtlichen einzelnen Mitglieder erst dann eintritt, insofern zur Deckung der Verbindlichkeiten der Genossenschaft im Falle der Liquidation oder des Konkurses das Vermögen der Genossenschaft nicht ausreicht. Damit ist ausgesprochen, daß die Genossenschaftsgläubiger ihre Befriedigung zunächst aus dem Genossenschaftsvermögen suchen müssen und daß die solidarisch verpflichteten Genossenschafter den Genossenschaftsgläubigern gegenüber nicht die Stellung der Hauptschuldner sondern vielmehr die Stellung der Bürgen haben, deren persönliche Haft erst bei Insuffizienz des Genossenschaftsvermögens rücksichtlich des Ausfalles praktisch wird. Hauptschuldnerin ist die juristische Person der Genossenschaft mit ihrem Vermögen. Die Motive des Gesetzes heben diese Konsequenzen aus der Fassung des §. 11 ausdrücklich hervor und brin-

---

[77]) Die Motive des Gesetzes (S. 19) sagen: „Die Kommissionen des Abgeordnetenhauses haben in den von ihnen redigirten Gesetz-Entwürfen als leitende Grundsätze angenommen: 1) daß die Genossenschaft unter einer bestimmten Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könne und daß diese Firma auch beim Wechsel der Personen als das berechtigte und verpflichtete Rechtssubjekt anzusehen sei."

[78]) Vgl. oben Anm. 3 und 12.

gen dieselben mit dem Grundsatze in Verbindung, daß den eingetragenen Genossenschaften selbst Rechtsfähigkeit beigelegt sei [79]).

Die Genossenschaftsgläubiger haben also nicht wie bei der offenen Handelsgesellschaft, abgesehen vom Falle des Konkurses, die Wahl, ob sie gegen die Firma oder gegen die einzelnen Theilhaber als solche klagen wollen, sondern die Klage aus einer Genossenschaftsschuld muß immer zunächst gegen die Genossenschaft selbst gerichtet werden. Soll die Klage gegen die einzelnen Genossenschafter gerichtet werden, so gehört dazu der Nachweis der Insuffizienz des Genossenschaftsvermögens, und diese Insuffizienz kann sich der Regel nach erst durch Liquidation oder Konkurs der Genossenschaft herausstellen [80]). So lange dieser Nachweis der Insuffizienz nicht geführt ist, steht den einzelnen Genossenschaftern die exceptio excussionis zu. Mit anderen Worten, das Prinzip des Art. 122, welcher die Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft im Falle des Konkurses der letzteren zunächst an das Gesellschaftsvermögen verweist und ihnen die Befriedigung aus dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nur wegen des Ausfalles gestattet, ist bei den eingetragenen Genossenschaften nicht auf den Fall des Konkurses beschränkt, sondern ist bei diesen ein allgemeiner Grundsatz für die rechtliche Stellung der Gläubiger überhaupt. Bei der offenen Handelsgesellschaft tritt die subsidiäre Natur der persönlichen und solidarischen Haft der Gesellschafter im Gegensatze zur primären Haft des Gesellschaftsvermögens nur im Falle des Gesellschaftskonkurses hervor; außerhalb dieses Falles kann von einer blos subsidiären

---

[79]) Dieselbe Bestimmung verlangt auch für die offene Handelsgesellschaft Brinckmann §. 36 Anm. 6 und §. 38 Anm. 32.

[80]) Daß diese Einrichtung konsequent ist und dem genossenschaftlichen Verkehre entspricht, kann füglich nicht bezweifelt werden. Wenn dagegen die Motive des Gesetzes ausführen, daß die Gläubiger der Genossenschaft nun sogar noch einen Schuldner mehr erhielten, nämlich die Genossenschaft selbst, so beruht dies rücksichtlich des praktischen Vortheiles für die Gläubiger auf einer Fiktion. Denn der Gläubiger einer nicht eingetragenen Genossenschaft mit solidarischer Haft kann direkt gegen alle zahlungsfähige Genossenschafter klagen, ohne eine exceptio excussionis befürchten zu müssen. Der Gläubiger der eingetragenen Genossenschaft dagegen läuft Gefahr, daß, während er gegen die Genossenschaft selbst klagen und die etwaige Insuffizienz abwarten muß, die im Augenblicke der Klageanstellung noch zahlungsfähigen, bezüglich zahlungsfähigsten Genossenschafter in der Zwischenzeit zahlungsunfähig werden, so daß der Gläubiger mit seiner persönlichen Klage gegen dieselben schließlich zu spät kommt.

Haft der einzelnen Theilhaber mit ihrem Privatvermögen keine Rede sein; bei der eingetragenen Genossenschaft dagegen ist die persönliche und solidarische Haft der einzelnen Genossenschafter gleich von Anfang an nur eine subsidiäre, primär ist immer nur die Genossenschaft als solche mit ihrem besonderen Vermögen verhaftet.

Die Genossenschaftsgläubiger sind übrigens nur verpflichtet, vorab sich an das Genossenschaftsvermögen zu halten, nicht auch an das persönliche Vermögen der Vorstandsmitglieder, bevor sie gegen die übrigen Theilhaber klagen können. Es besteht keine besondere persönliche Haft der Vorstandsmitglieder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft, dieselben haften vielmehr für diese Verbindlichkeiten ganz in derselben Weise wie die übrigen Genossenschafter, also zwar solidarisch, aber doch ebenfalls nur subsidiär wie die übrigen[81]).

Der subsidiäre Charakter der Solidarhaft der einzelnen Genossen bildet zugleich auch eine der wichtigsten Verschiedenheiten zwischen der eingetragenen und der nicht eingetragenen Genossenschaft.

§. 31.

13) In §. 8 Abs. 2 des Gesetzes kehrt der Art. 109 des HGB. wieder und die §§. 12—15 des Gesetzes entsprechen den Artikeln 119—121 und 126 des HGB. Zwischen dem §. 15 und dem späteren §. 37 des Gesetzes besteht übrigens eine Inkongruenz, indem in letzterem Paragraphen für den Austritt der Mitglieder bei Genossenschaften ohne statutenmäßige Kündigungsfrist eine vierwöchentliche Kündigungsfrist vor Ablauf des Geschäftsjahres festgesetzt ist, während der §. 15 konform dem Art. 126 des HGB.

---

[81]) Die Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft müssen immer zugleich Mitglieder der Genossenschaft selbst sein, §. 16 des Gesetzes: „Jede Genossenschaft muß einen aus der Zahl der Genossenschafter zu wählenden Vorstand haben.“ Ein Antrag, nach den Worten des §. 11 „das Vermögen der Genossenschaft“ hinzuzufügen: „und der Mitglieder des Vorstandes“ wurde von der Kommission des Herrenhauses abgelehnt. — Mit der gewöhnlichen solidarischen Haft für die Genossenschaftsschulden, welche die Vorstandsmitglieder als Genossenschafter trifft, darf übrigens die besondere Solidarhaft des Vorstandes für denjenigen Schaden nicht verwechselt werden, welcher aus Ueberschreitungen seines Auftrages oder aus Zuwiderhandlungen gegen das Genossenschaftsgesetz oder gegen den Gesellschaftsvertrag entsteht (§. 26 des Gesetzes).

dem Privatgläubiger des Genossenschafters ein für allemal eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vor Ablauf des Geschäftsjahres gibt. Demnach ist der Privatgläubiger eines Genossenschafters rücksichtlich dieser Kündigung unter Umständen schlechter gestellt als letzterer selbst. In der Debatte des Herrenhauses wurde auf diese Inkongruenz auch aufmerksam gemacht, ohne daß dieselbe jedoch beseitigt wurde Seitens der Regierung wurde der allerdings nicht zu verkennende Unterschied hervorgehoben, daß der §. 37 den Genossenschaftern gegenüber die besonderen statutarischen Bestimmungen über die Kündigungsfristen und über den Austritt aufrecht erhalte, während der §. 15 diese besonderen Bestimmungen, die dem Gläubiger unter Umständen sehr nachtheilig sein können, dem Gläubiger gegenüber außer Kraft setzt und diesem ein für allemal die bestimmte Kündigungsfrist von sechs Monaten gewährt.

§. 32.

14) Die §§. 39—50 über die Liquidation sind den Art. 133—139, 144, 145, 244 des HGB. nachgebildet, jedoch mit erheblichen Abweichungen in §. 46 und namentlich rücksichtlich des Konkurses in §. 47 und 50. Die eigenthümlichen Vorschriften des §. 47 über die Einberufung einer Generalversammlung, wenn bei der Liquidations-Bilanz das Vermögen der Genossenschaft zur Deckung der Schulden nicht hinreicht, bezwecken die Vermeidung des Konkurses durch die Möglichkeit eines rechtzeitigen Eingreifens der Mitglieder. Die Verpflichtung der Liquidatoren zur Beantragung des kaufmännischen Konkurses ex officio (§. 47), sowie die Ausschließung des Akkords im Konkurse der Genossenschaft ist den gesetzlichen Bestimmungen über den Konkurs der Aktiengesellschaften entnommen [82]).

Die §§. 51—53 über die Verjährung der Klagen gegen die Genossenschafter entsprechen den Art. 146—149 des HGB., jedoch ist die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 146 in §. 51 in eine zweijährige verwandelt und ferner weicht der §. 52 von dem Art. 148 des HGB. darin ab, daß die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft unterbrochen wird, während nach Art. 148 des HGB. Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Gesellschaft die Verjährung gegen den ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen offenen Gesellschafter nicht unterbrechen. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt darin, daß bei der offenen Handels-

---

[82]) HGB. Art. 240 Abs. 3; Preuß. Konkursordnung §. 285.

gesellschaft der Gläubiger die Wahl hat, ob er gegen die fortbestehende Gesellschaft oder direkt gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter klagen will, während bei der eingetragenen Genossenschaft die vorgängige fruchtlose Klage gegen die Genossenschaft die Vorbedingung für die Klage eines Gläubigers gegen den ausgeschiedenen Genossenschafter ist [83]); gerade hieraus folgt, daß Rechtshandlungen gegen die Genossenschaft zugleich auch die Verjährung gegen die einzelnen Genossenschafter unterbrechen müssen.

Endlich entspricht dem eigenthümlichen korporativen Charakter der Genossenschaft und der rechtlichen Auffassung der Solidarhaft der Mitglieder als einer Solidarbürgschaft die wichtige Bestimmung des §. 50 Abs. 4, nach welcher der Konkurs über das Genossenschaftsvermögen den Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschafter nicht nach sich zieht, während letzteres bei der offenen Handelsgesellschaft nach den Einführungsgesetzen zum HGB. entweder kraft Gesetzes [84]) oder doch auf Antrag auch nur eines Gesellschaftgläubigers eintritt [85]). Es bleibt nach beendigtem Konkurse den Gläubigern vorbehalten, wegen des Ausfalles an ihren Forderungen einschließlich der Zinsen und Kosten die einzelnen ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch zu nehmen, aber auch hier fügt der §. 50 die konsequente Einschränkung hinzu, daß dies nur dann zulässig ist, wenn die Forderung beim Konkursverfahren angemeldet und verifizirt worden ist.

§. 33.

15) Folgende Theile des Gesetzes sind dagegen den Bestimmungen des HGB. über die Aktiengesellschaften nachgebildet.

Zunächst entspricht die Bestimmung über die Genossenschafts-Firma (§. 2 des Ges.) der Vorschrift des Art. 18 des HGB.: der Name von Genossenschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden, sondern die Genossenschaft muß sich nach dem Gegenstande des Unternehmens benennen und muß den Zusatz „eingetragene Genossenschaft" enthalten.

Den §§. 3—5 liegen die Art. 209—212 und 214 Abs. 7 mit den entsprechenden Modifikationen zu Grunde, dem §. 9 der Art. 224, den §§. 16—23 die Art. 227—233 und 235, dem §. 25 der Art. 239, dem

---

[83]) Vgl. auch §. 50 des Ges., Abs. 5.

[84]) Preuß. Konkursordnung §. 287—288; Preuß.-Einf.-Ges. Art. 36.

[85]) Bayer. Einf.-Ges. Art. 44

§. 26 Abs. 1 der Art. 241 Abs. 2, den §§. 27—28 (Aufsichtsrath) die Art. 225—226, der §. 29 dem Art. 234, den §§. 30—32 die Art. 236—238, dem §. 35 der Art. 243. Die Eintragung der Konkurseröffnung in das Genossenschafts-Register von Amtswegen (§. 36) ist dem preußischen Einführungsgesetze zum HGB. Art. 13 entnommen.

Der §. 9 des Ges. entspricht dem Art. 224 des HGB. auch insofern, als es im zweiten Absatze nicht heißt, daß jedes Mitglied mindestens eine Stimme in der Generalversammlung haben soll und daß an diesem Minimum der Gesellschaftsvertrag nichts ändern könne, sondern es gilt in dieser Hinsicht volle Vertragsfreiheit und die Ausschließung einzelner Stimmen ist zulässig.

§. 34.

16) Der §. 6 des Gesetzes betrifft die Abänderung des Gesellschaftsvertrages, derselbe ist dem Art. 214 des HGB. nachgebildet. Wie bei letzterem Artikel, so erhebt sich auch hier die Kontroverse, ob die Abänderung des Gesellschaftsvertrags (Statuts) durch Mehrheitsbeschluß zu den gewöhnlichen und selbstverständlichen Befugnissen der Generalversammlung gehört, oder ob die Generalversammlung zu einer solchen Abänderung nur dann kompetent ist, wenn ihr diese Befugniß durch die Statuten selbst zugewiesen ist. Nimmt man das Letztere an, so kann das Statut nur durch die Zustimmung sämmtlicher Mitglieder der Genossenschaft abgeändert werden, also nicht durch einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung und überhaupt nicht durch die Generalversammlung als solche, sondern nur durch einstimmigen Konsens der Genossenschafter.

Für diese letztere Ansicht würde sich wie bei der Aktiengesellschaft geltend machen lassen, daß die Generalversammlung ihre Rechte und Befugnisse nur aus dem Statut, nur aus dem Gesellschaftsvertrage ableitet, und daß sie, wollte sie den Umfang ihrer Befugnisse selbst bestimmen, den Rechtsboden verlassen würde, auf welchem sie steht [86]). Von diesem Standpunkte aus werden auch die Artikel 214 und 215 des HGB. dahin ausgelegt, daß dieselben sich nur auf den Fall beziehen sollen, wenn der Generalversammlung die Statutenänderung durch eine ausdrückliche Bestimmung des Statuts selbst überwiesen sei und nur unter dieser Voraussetzung sei auch die im Art. 214 enthaltene Restriktion praktisch [87]). Dieser Ansicht kann aber weder rücksicht-

---

[86]) So Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften S. 452 - 454.

[87]) Renaud a. a. O. S. 461—464.

lich der Aktiengesellschaften noch rücksichtlich der Genossenschaften beigepflichtet werden [88]); rücksichtlich der Genossenschaften nicht, weil der §. 6 des Genossenschaftsgesetzes allgemein von der Abänderung des Statuts durch einen Gesellschafts-Beschluß spricht und Gesellschaftsbeschlüsse eben in der Generalversammlung gefaßt werden (§. 9 des Gesetzes) [89]).

Damit entscheidet sich zugleich auch die Frage, ob die Generalversammlung die Statutenänderung schon mit einfacher Majorität beschließen kann, wenn das Statut keine besondere Bestimmung hierüber enthält. Die Frage ist zu bejahen, weil die einfache Stimmenmehrheit der Generalversammlung für die Gesellschaftsbeschlüsse die Regel bildet und nach §. 3 Nr. 10 des Gesetzes die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der Generalversammlung Beschluß gefaßt werden kann, im Statute selbst angegeben werden müssen; fehlt es also im Statute an einer solchen besonderen Bestimmung, so verbleibt es bei der Regel d. h. bei der Beschlußfassung durch einfache Majorität. Die Einhaltung der gesetzlichen oder statutenmäßigen Bestimmungen über die Form der Berufung der Generalversammlung und über die Fristen zur Stellung der Anträge wird für die Rechtsbeständigkeit auch solcher Beschlüsse überall vorausgesetzt.

§. 35.

Allein nicht jede Statutenänderung ist schon deshalb für die Gesammtheit der Genossenschafter rechtsverbindlich, weil sie in formeller Hinsicht gültig beschlossen ist, vielmehr reicht dieser formelle Gesichtspunkt nicht überall aus, sondern es ist stets auch der materielle Inhalt der beschlossenen Statutenänderung zu prüfen. Denn in dieser Hinsicht ergeben sich aus dem Zwecke jeder Genossenschaft materielle Schranken, welche auch dann eingehalten werden müssen, wenn nach den ausdrücklichen Bestimmungen der Statuten die Generalversammlung zur Abänderung befugt ist.

Die Statutenänderung darf

a) nicht den statutenmäßigen Zweck der Genossenschaft verändern.

---

[88]) S. die Erläuterungen zu Art. 214.

[89]) Gleichergestalt bestimmt der §. 34, daß die Genossenschaft durch einen Beschluß der Genossenschaft aufgelöst wird. Auch hier ist darunter ein Beschluß der Generalversammlung zu verstehen, der in Ermangelung besonderer statutarischer Bestimmungen (§. 3 Nr. 10) durch einfache Stimmenmehrheit der Anwesenden gefaßt wird.

Die Generalversammlung eines Vorschußvereines kann nicht durch Mehrheitsbeschluß den Verein in einen Konsumverein oder in eine Baugenossenschaft verwandeln, sie kann auch nicht den Vereinszweck über die statutenmäßigen Grenzen hin ausdehnen, wobei jedoch der Grundsatz festzuhalten ist, daß bei der Frage, welche Gegenstände im Einzelnen zum Vereinszwecke gehören, nicht einseitig auf den Buchstaben, sondern auf die Bedeutung der Begriffe im Geschäfts- und Handelsverkehre zu sehen ist (Art. 278, 279 des HGB.). Zu einer Umwandlung oder Ausdehnung des Genossenschaftszweckes über die statutenmäßigen Grenzen hinaus würde Einstimmigkeit aller Genossenschafter gehören, also eine förmliche Neugründung des Vereines nach erfolgter Auflösung des bestehenden oder Gründung eines neuen Vereines neben dem bestehenden [90]). Eine Ausnahme findet nur dann Statt, wenn die Abänderung und mithin auch die Ausdehnung des Genossenschaftszweckes durch einen Mehrheitsbeschluß im Statute ausdrücklich gestattet ist; mit anderen Worten, der Art. 215 des HGB. kommt auch bei den Genossenschaften zur Anwendung [91]).

---

[90]) Vgl. die in der Anm. 68 a. Schrift von Huber, Soziale Fragen V. Heft.

[91]) Ein praktischer Fall ist folgender. Ein Darlehenskassenverein hatte in seinen Statuten die Bestimmung, daß zur Abänderung oder Vervollständigung der Statuten die Zustimmung von zwei Dritteln der in der Generalversammlung anwesenden Mitglieder erforderlich sei. In einer im Jahre 1866 abgehaltenen Generalversammlung wurden in dieser Weise eine Anzahl von Statutenänderungen beschlossen, deren Zweck eine straffere Geschäftsverwaltung und Erzielung größerer Solidität war. Es entstand die Frage, ob die von zwei Dritteln der Anwesenden beschlossenen Aenderungen für die Minderheit bindend seien. Die Rechtsfakultät Halle sprach sich in einem erforderten Gutachten (November 1866) über diese Frage dahin aus, daß die Gültigkeit der beschlossenen Aenderungen nicht ausschließlich von der Einhaltung der formellen statutarischen Bestimmungen (Zustimmung von zwei Dritteln der in einer gültig berufenen Generalversammlung Anwesenden) abhänge, daß vielmehr auch in den materiellen Inhalt der beschlossenen Aenderungen und Zusätze einzugehen sei. Diese Prüfung ergab, daß die Aenderungen die Rechte und Pflichten des Vorstandes neu begrenzten, daß ferner der Austritt aus der Genossenschaft durch eine anderweitige Normirung der Kündigungsfrist erschwert werden sollte und daß die Haft der Ausscheidenden für die Vereinsschulden von sechs Monaten auf fünf Jahre erhöht war (in Uebereinstimmung mit Art. 146 des HGB.). Es konnte in diesen Aenderungen eine Aenderung des Zweckes und der wesentlichen Grundlagen der Genossenschaft nicht erblickt werden und die-

Die Aenderung kann ferner auch nicht dahin abzielen, daß

b) an die Stelle der eingetragenen Genossenschaft eine andere Gesellschaftsform gesetzt wird; nur die Auflösung kann in einem solchen Falle durch die Mehrheit nach den gesetzlichen oder statutenmäßigen Vorschriften beschlossen werden, nicht aber die Gründung einer neuen Gesellschaft, falls nicht auch hierin die Statuten einen größeren Spielraum gewähren. Es gilt dies nicht blos von der Umwandlung der eingetragenen Genossenschaft in eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder Aktiengesellschaft, sondern auch von der Umwandlung in eine nicht eingetragene, gewöhnliche Genossenschaft, welche nicht mehr unter dem Genossenschaftsgesetze stehen würde [92]). Denn die eingetragene und die nicht eingetragene Genossenschaft sind zwei verschiedene Rechtsinstitute: wer der einen beitritt, ist damit nicht auch der anderen beigetreten und die Mehrheit kann eine solche Umwandlung nicht in bindender Weise für die Minderheit beschließen; beschließen kann sie nur die Auflösung, insofern auch hier die Statuten keine erschwerenden Bestimmungen enthalten.

§. 36.

17) Rücksichtlich der Bestellung des Vorstandes ist hervorzuheben, daß derselbe nach §. 16 des Gesetzes ein gewählter und zwar aus der Zahl der Genossenschafter gewählt sein muß, während bei dem Vorstande einer Aktiengesellschaft beides nicht erforderlich ist (Art. 227 des HGB.). Es liegt in dieser Vorschrift ein stärkeres Hervortreten des genossenschaftlichen Elementes; es wird dadurch vermieden, daß die oberste Führung der Geschäfte an Nichtmitglieder als an bezahlte Beamte übertragen wird. Jedoch besteht diese Beschränkung nicht auch für die Prokuristen der Genossenschaft. Daß dieselbe Prokuristen bestellen kann, ist nach der Gleichstellung der Genossenschaften mit den Kaufleuten (§. 10 des Ges.) unzweifelhaft [93]).

§. 37.

18) Dem Gesetze eigenthümlich sind namentlich noch die Bestimmungen

---

selben wurden deshalb von der Fakultät für rechtsbeständig auch der Minorität gegenüber erklärt.

[92]) Vgl. oben S. 57, 58. Die Möglichkeit der Umwandlung der Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft oder Aktien-Kommanditgesellschaft ist mitunter in den Statuten vorgesehen.

[93]) Beispiel einer solchen in das gewöhnliche Prokurenregister eingetragenen Prokura: „Vorschußverein zu Lübben, eingetragene Genossenschaft. Prokurist: Kontroleur C. Scheibe."

der §§. 24, 26 Abs. 2, 34, 37, 38, sowie die in §. 32 Abs. 2 eingeführte Befugniß der Staatsbehörde zur Einsicht der Beschlüsse der Generalversammlung.

Die Vorschrift des §. 24 erklärt sich aus dem häufigen Wechsel der Mitglieder bei starker Betheiligung, dieselbe gewährt den Genossenschaften dem Art. 87 des HGB. gegenüber eine große Erleichterung rücksichtlich der Anmeldungen des Eintrittes und Austrittes der Mitglieder.

Durch die Strafandrohung in §. 26 Abs. 2, mit welcher auch der §. 34 und der §. 32 Abs. 2 in Verbindung stehen, soll verhütet werden, daß die vom Gesetze begünstigten Genossenschaften ihre Thätigkeit und ihr Vereinsvermögen anderen als den im Statute bezeichneten Zwecken zuwenden. Für die Staatsregierung wird in dieser Bestimmung eine Garantie erblickt, welche die Genossenschaften von jeder anderweitigen Bevormundung oder Ueberwachung befreit [94]). Die Strafen können nur durch richterliches Urtheil ausgesprochen werden, hierin liegt eine gewisse Sicherheit für die Genossenschaften gegen einseitige Auslegung der gesetzlichen Bestimmung. Uebrigens richtet sich die Strafandrohung nur gegen den Vorstand, nicht gegen sämmtliche Genossenschafter, nur der Vorstand ist dafür verantwortlich gemacht, wenn er duldet, daß der statutenmäßige Gesellschaftszweck verlassen wird.

§. 38.

19) Gegen die Genossenschaft selbst, wenn sie sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird oder wenn sie andere als die im Gesetze (§. 1) bezeichneten Zwecke verfolgt, kann dagegen das gerichtliche Auflösungsverfahren nach §. 34 des Gesetzes eingeleitet werden. Die Staatsregierung, vertreten durch die Bezirksregierungen, kann im ordentlichen Gerichtsstande der Genossenschaft gegen dieselbe auf Auflösung klagen; ein Gegenanspruch auf Entschädigung gegen die Staatsregierung findet dabei nicht statt. Diese Bestimmung ist zwar nicht dem Handelsgesetzbuche entlehnt, denn der Art. 242 verweist bei den Aktiengesellschaften in dieser Hinsicht auf die einzelnen Landesgesetze, wohl aber ist dieselbe dem preußischen Einführungsgesetze Art. 12 §. 5 nachgebildet [95]).

---

[94]) Die Staatsregierung hat dagegen die Forderung der polizeilichen Genehmigung der Genossenschaften fallen lassen, s. oben Anm. 73.

[95]) Vgl. Koch, Kommentar S. 51 (und Lutz, Komment. zum bayer. EG. Art. 39 S. 115).

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß diese Bestimmung in ihrem letzten Grunde allerdings an den vieldeutigen und vielfach mißverstandenen Rechtssatz erinnert, daß staatliche Privilegien wegen Mißbrauches wieder entzogen werden können[96]; indeß beruht die Berechtigung der Genossenschaften auf keinem Privilegium, sondern auf Gesetz, und es ist in §. 34 auch nicht von einer willkürlichen Entziehung des angeblichen Privilegiums die Rede, sondern von einer Auflösung durch rechtskräftiges Erkenntniß nach kontradiktorischem Verfahren.

§. 39.

20) Der §. 37 des Gesetzes erleichtert den Austritt aus einer eingetragenen Genossenschaft, indem er im Gegensatze zu den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft (Art. 123 Nr. 6, 124, 125 des HGB.) den Austritt unbedingt und ohne Rücksicht darauf gestattet, ob die Genossenschaft für eine bestimmte Zeitdauer geschlossen ist. Jedoch ist eine Kündigungsfrist eingeführt, deren Dauer sich zuvörderst nach den besonderen statutarischen Bestimmungen über Kündigung und Austritt der Mitglieder richtet. Nur in Ermangelung solcher Bestimmungen kommt die vierwöchentliche Kündigung vor Ablauf des Geschäftsjahres der Genossenschaft zur Anwendung[97]), nicht die im Art. 124 des HGB. für die offene Handelsgesellschaft von unbestimmter Dauer festgesetzte sechsmonatliche Kündigungsfrist[98]).

§. 40.

21) Erleichtert der §. 37 des Gesetzes den Austritt aus der Genossenschaft, so sichert der §. 38 Abs. 2 und 3 die Genossenschaft rücksichtlich der Ansprüche der Ausgeschiedenen oder Ausgeschlossenen sowie auch der Erben verstorbener Genossenschafter. Zunächst steht fest, daß der Austritt, die Ausschließung oder der Tod von Genossenschaftern keine Realtheilung des gemeinschaftlichen Vermögens nach sich zieht. Aber das Gesetz geht noch weiter, indem ausscheidende oder ausgeschlossene Mitglieder nach §. 38, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht anders bestimmt, nicht einmal Anspruch auf Gewährung ihrer vollen Vermögensantheile nach dem Geldwerthe, son-

---

[96]) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 136.

[97]) Ueber die nähere Bestimmung des Geschäftsjahrs vgl. die Erläuterungen zu Art. 107 und 124.

[98]) Beibehalten sind die sechs Monate für das Kündigungsrecht der Privatgläubiger eines Genossenschafters, §. 15 des Gesetzes.

dern nur Anspruch darauf haben, daß ihnen ihre Einlage und die der Einlage bereits zugeschriebene Dividende vollständig zurückbezahlt werde, und zwar innerhalb drei Monaten nach dem Austritte. Dagegen behält die Genossenschaft sowohl den (durch die Beiträge, resp. Abzüge der Mitglieder angesammelten) Reservefonds sowie das sonstige Genossenschaftsvermögen unverkürzt. Das Interesse an der Konservirung und dem Fortbestande der Genossenschaft ist hier über das persönliche Interesse der ausscheidenden Einzelnen gestellt. Es ist nicht zu verkennen, daß für den Ausscheidenden oder für die Erben eines verstorbenen Mitgliedes die auf solche Weise mögliche Einbuße bei großem Besitze der Genossenschaft und hohem Reservefonds sehr bedeutend werden kann [99]).

Indeß darf nicht übersehen werden, daß der Gesellschaftsvertrag andere Bestimmungen hierüber treffen kann, daß also diese Bestimmung des §. 38 nicht zu den zwingenden sondern nur zu den dispositiven gehört (§. 3 des Ges.). In Ermangelung besonderer vertragsmäßiger Bestimmungen rechtfertigt sich aber die Vorschrift des §. 38 aus dem Vorherrschen des korporativen Elementes in der Verfassung der Genossenschaften.

Trifft demnach die Genossenschaft nur die Verpflichtung zur Rückzahlung der ganzen Einlage nach dem Geldwerthe, sammt der Dividende, so kann auch die Erfüllung dieser Pflicht für die Genossenschaft nachtheilig sein, beispielsweise dann, wenn sich das Vermögen der Genossenschaft vermindert hat oder wenn der Besitz der Genossenschaft in Folge einer wirthschaftlichen Krisis nicht sofort oder nur ungünstig realisirt werden kann. Für solche Fälle gestattet der §. 38, daß die Genossenschaft anstatt die volle Einlage zurückzuzahlen vielmehr ihre eigene Auflösung beschließen und zur Liquidation des ganzen Vermögens schreiten darf [100]); der Ausgeschiedene erhält alsdann nur den bei der Liquidation auf ihn fallenden Antheil.

---

[99]) Bei der Aktiengesellschaft verhält es sich nur formell ebenso, nicht aber materiell. Allerdings verzichtet der ausscheidende Aktionär, indem er seine Aktien veräußert, auf seinen Antheil am Reservefonds, den er durch Abzüge vom Reingewinn des Unternehmens, also durch Minderung seiner Dividende hat ansammeln helfen, sowie auf seinen Antheil am übrigen Gesellschaftsvermögen. Allein der Werth dieser Antheile wird in der Regel im Verkaufswerthe (Kurs) der Aktie mitberücksichtigt, jene Werthe gehen also dem ausscheidenden Aktionäre nicht völlig verloren.

[100]) Praktisch ist diese Befugniß besonders wichtig bei einem allgemeinen Anlaufe der Mitglieder auf die Kasse zur Rückforderung ihrer Geschäftsantheile (run), wie er in Zeiten plötzlicher Geldkrisen vorzukommen pflegt.

Erster Titel.

Von der offenen Handelsgesellschaft.

Brinckmann §. 36—53. — Thöl §. 37b—39a. — Endemann §. 34—47. — Auerbach, das neue Handelsgesetz Abschnitt XIII, XIV. — O. Wächter, d. Handelsrecht §. 31—36.

Erster Abschnitt.

Von der Errichtung der Gesellschaft.

Art. 85.

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder anderer Förmlichkeiten nicht.

Pr. Entw. 91, 92 Abs. 1 (93, 95 Abs. 1). I. E. Art. 86; II. E. Art. 84. Prot. S. 161—171, 977—982, 1146, 1180 f.

I. Der Artikel stellt zwei Requisite für das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft auf:

1) Betrieb eines Handelsgewerbes durch zwei oder mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma.

2) Die Betheiligung darf bei keinem der Gesellschafter auf bloße Vermögenseinlagen beschränkt sein.

Das erste dieser Requisite ist positiver, das zweite ist negativer Natur.

Das erste Requisit fordert die Vereinigung mehrerer zu einem gemeinschaftlichen Handelsgewerbe, d. h. die Gesellschaft muß überhaupt eine Handelsgesellschaft sein; denn nur diejenigen Gesellschaften sind Handelsgesellschaften, welche ein gemeinsames Handelsgewerbe treiben (eigentliche Handelsgesellschaften), nicht aber ist jede Vereinigung von handelsrechtlichem Inhalte deshalb allein schon eine Handelsgesellschaft. Die stille Gesellschaft (Art. 250 f.) ist keine Handelsgesellschaft, weil bei derselben überall kein für den stillen Gesellschafter gemeinsames Gewerbe und Etablissement vorliegt, das Gewerbe ist das eines Anderen, des Komplementars. Und die s. g. partikulare oder Gelegenheitsgesellschaft ist keine Handelsgesellschaft, weil bei derselben die Vereinigung überall nicht zum Betriebe eines Handelsgewerbes, sondern nur zu einzelnen Handelsgeschäften stattfindet. Demnach sind die sogenannten Konsortien [1]) der Bankiers zur Uebernahme einer Staatsanleihe oder zur Vornahme einer Börsenoperation überall keine offenen Handelsgesellschaften, obgleich die Theilnehmer nach Außen solidarisch haften (Art. 269).

Der Begriff des Handelsgewerbes bestimmt sich auch bei der offenen Handelsgesellschaft nach den zu Art. 4 des HGB. gegebenen Erläuterungen [2]). Zum Begriffe desselben gehört nicht eine äußerliche Standeseigenschaft, auch nicht die Theilnahme der Handelsgesellschaft als solcher oder der einzelnen Gesellschafter an einer kaufmännischen Korporation irgend welcher Art, und es ist ferner auch nicht erforderlich, daß die Gesellschaft in polizeilicher, steuerpflichtiger oder sonstiger Beziehung als offene Handelsgesellschaft betrachtet werde (Art 11). Es genügt, daß die Gesellschaft thatsächlich Handelsgeschäfte gewerbemäßig treibt. Der Wille der Gesell-

---

[1]) Die Börsensprache bedient sich hierfür in neuerer Zeit auch des Ausdruckes Syndikat. Dieser Ausdruck ist französischen Ursprunges, man bezeichnete aber in Frankreich mit demselben ursprünglich nicht die partikularen oder Gelegenheitsgesellschaften, sondern vielmehr gewisse Genossenschaften und Korporationen, die unter einem oder mehreren Syndicis als Vorstand stehen, z. B. das Syndikat der Pariser Wechselmäkler.

[2]) Vgl. Band I S. 35 f.

schafter muß also auf den Abschluß von ganzen Reihen von Handelsgeschäften gerichtet sein, welche einen einheitlichen Geschäftskomplex bilden [3]).

Aber nur diejenigen Gesellschaften sind vom HGB. als offene Handelsgesellschaften anerkannt, welche dem Begriffe des Vollkaufmannes entsprechen; die Vereinigungen der im Art. 10 des HGB. bezeichneten kleineren Handelsleute gelten nicht als Handelsgesellschaften, sondern als Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften, welche den Bestimmungen des II. Titels des dritten Buches des HGB. unterliegen [4]). Hiernach tritt auch bei solchen Gesellschaftern die solidarische Haft ein, jedoch nur nach Maßgabe des Art. 269 Abs. 2 sowie des Art. 280. Allerdings kann aber gerade darin, daß mehrere Personen eines der in Art. 10 bezeichneten Gewerbe gemeinschaftlich betreiben, unter Umständen ein Kennzeichen eines solchen Handelsbetriebes liegen, der die vom Art. 10 gezogenen Grenzen überschreitet [5]).

II. Anlangend das zweite Requisit, daß bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf bloße Vermögenseinlagen beschränkt sein darf, so ist dasselbe in seinem Wortlaute nur negativ gefaßt. Der positive Inhalt der Vorschrift ist dieser: jeder der Gesellschafter soll den Gesellschaftsgläubigern gegenüber mit seinem ganzen Vermögen betheiligt sein. Ist die Betheiligung am Verluste Dritten gegenüber für einen oder mehrere Gesellschafter nur auf bestimmte Vermögenseinlagen beschränkt, so liegt eine Kommanditgesellschaft vor (Art. 150). Ist die Beschränkung auf bestimmte Vermögenseinlagen für sämmtliche Betheiligte festgesetzt, so liegt eine Aktiengesellschaft vor (Art. 207).

Aus der negativen Fassung dieses Requisites ergeben sich aber als Konsequenzen folgende für das ganze Gesellschaftsrecht wichtige Sätze:

1) Wenn zwei oder mehrere Personen unter einander eine offene Handelsgesellschaft errichten wollen, so ist es überall nicht erforderlich, daß sie die Betheiligung an der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen ausdrücklich festsetzen, es genügt vielmehr, daß bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf bestimmte Vermögenseinlagen eingeschränkt wird. Ja, es ist überhaupt nicht erforderlich, daß über die Betheiligung der einzelnen Gesellschafter eine besondere Bestimmung getroffen wird; es genügt die Negative, daß keine beschränkte Betheiligung verabredet ist. Eine offene Handelsge-

---

[3]) v. Hahn I. Abth. S. 9, Goldschmidt Handb. I. B. S. 334.

[4]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 10 in Bd. I S. 88, 89.

[5]) Vgl. Band I S. 89 Anm. 62.

sellschaft ist immer schon dann vorhanden, wenn sich zwei oder mehrere Personen schlechthin und ohne weitere Modalitäten zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma vereinigen. Liegt eine solche Vereinigung vor, so ist die Gesellschaft eine offene.

Es ist ferner auch nicht erforderlich, daß die Gesellschaft sich ausdrücklich eine offene nennt, wie es auch überall nicht erforderlich ist, daß sie in den gerichtlichen Bekanntmachungen ausdrücklich als offene Handelsgesellschaft bezeichnet wird [6]). Es ist deshalb auch vollkommen richtig, wenn unter der Bezeichnung Associé im Zweifel ein offener Gesellschafter verstanden wird [7]). Denn jede Handelsgesellschaft bildet nach Außen ipso jure eine offene Gesellschaft, so lange nicht das Gegentheil im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist.

In Einklang hiermit steht auch die Vorschrift des Art. 163 Abs. 3. Wenn eine Kommanditgesellschaft vor ihrer Eintragung ihre Geschäfte beginnt, so gilt Dritten gegenüber der Kommanditist als offener Gesellschafter, wenn er nicht beweist, daß den Dritten seine beschränkte Betheiligung bei der Gesellschaft bekannt war.

Der Art. 85 enthält also eine allgemeine Präsumtion. Wer das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft behauptet, hat nur die positiven Requisite des Art. 85, das Bestehen einer Handelsgesellschaft überhaupt, zu behaupten und zu beweisen, nicht auch die Negative, daß keine beschränkte Betheiligung der Gesellschafter stattfinde; vielmehr ist es Sache der Gesellschaft oder des einzelnen Gesellschafters das Vorhandensein einer Beschränkung rücksichtlich der Haft zu beweisen [8]).

Dieser Gegenbeweis kann aber wegen der Vorschrift des Art. 112 Abs. 2 Dritten gegenüber nur in der Weise geführt werden, daß nachgewiesen wird, die Gesellschaft sei keine offene, sondern eine Kommandit- oder eine Aktiengesellschaft. Wird aber alsdann nicht gleichzeitig erwiesen, daß die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft eingetragen und veröffentlicht sei, so ist alsdann auch noch der oben erwähnte weitere Beweis der Kenntniß des Dritten nöthig, Art. 163 Abs. 3. Und würde bei einer Aktiengesell-

---

[6]) Vgl. unten Art. 86 und Anschütz in Busch' Archiv B. X S. 92.

[7]) Erk. des OAGer. zu Lübeck v. 20. März 1865, Busch' Archiv Bd. VIII S. 298. Auch in den Nürnberger Berathungen wurde mit Recht bemerkt, daß es genüge, wenn zwei Kaufleute sagen: „Wir associiren uns." (Prot. S. 167).

[8]) Erkannt in dem Urtheile des OTribunals zu Berlin v. 31. Mai 1866, Entscheidungen Bd. 64 S. 132.

schaft nicht auch die geschehene Staatsgenehmigung (wo sie gefordert wird), sowie die Eintragung und Veröffentlichung bewiesen, so würde sofort der Art. 211 Anwendung finden und das Rechtsverhältniß wiederum auf die solidarische Haft nach Außen zurückgeführt werden.

2) Die offene Handelsgesellschaft bildet also die Regel, alle übrigen Arten von Handelsgesellschaften gelten sämmtlich nur als Modifikationen und Abänderungen der offenen und diese Abänderungen müssen besonders verabredet sein. In Verbindung hiermit steht der fernere Grundsatz, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die offene Handelsgesellschaft das subsidiäre Recht auch für die übrigen Gesellschaftsarten bilden, selbstverständlich jedoch nur soweit dies mit der besonderen Natur dieser Arten und mit den bei ihnen stattfindenden Modifikationen verträglich ist. Demgemäß verfügt der Art. 157 des HGB., daß die Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der offenen Gesellschafter unter einander auch auf das Rechtsverhältniß der Mitglieder einer Kommanditgesellschaft Anwendung finden, jedoch mit den in den Art. 158—162 aufgeführten Abweichungen.

Das große Uebergewicht, welches demnach die offene Handelsgesellschaft in der Rechtstheorie und im Gesetzbuch hat, entspricht auch den realen Verhältnissen des kaufmännischen Lebens. Die gewöhnliche offene Handelsgesellschaft bildet unter allen Gesellschaftsarten auch thatsächlich weitaus die Regel; in den Handelsregistern vieler Gerichte finden sich nur offene Gesellschaften und keine einzige der übrigen Arten eingetragen, und selbst da, wo die übrigen Arten, Kommanditgesellschaften mit oder ohne Aktien und wirkliche Aktiengesellschaften sich finden, bilden dieselben den offenen Handelsgesellschaften gegenüber immer nur die Minderzahl [9]).

III. Eine erschöpfende Definition der offenen Handelsgesellschaft hat das Gesetzbuch im Art. 85 nicht gegeben, es ist dieselbe vielmehr der Wissenschaft überlassen worden und diese schöpft die Definition der offenen Handelsgesellschaft aus der Verbindung des Art. 85 mit dem Art. 112: die offene

---

[9]) So waren in Leipzig Ende 1863 nur 2 Kommanditgesellschaften, 34 Aktiengesellschaften (darunter 21 Generalagenturen) und keine Kommanditgesellschaft auf Aktien in das Handelsregister eingetragen, während sich die Gesammtzahl aller eingetragenen Firmen der Einzelkaufleute und der Gesellschaften zusammen auf 1703 belief. — Nach der amtlichen Statistik des Pariser Handelsgerichtes, in dessen Bezirke sich die größte Zahl aller denkbaren Arten von Handelsgesellschaften findet, kommen in der Regel 75 Prozent aller eingetragenen Handelsgesellschaften auf die offenen Gesellschaften.

Handelsgesellschaft ist die Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma und unter persönlicher und solidarischer Haft der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese Definition entspricht vollständig dem älteren Rechte. Im Art. 85 aber, welcher von den Voraussetzungen handelt, unter welchen der Richter eine offene Handelsgesellschaft als bestehend annehmen soll, konnte jene Definition deshalb keine Aufnahme finden, weil sie zu dem Mißverständnisse Veranlassung hätte geben können, als ob die persönliche und solidarische Haft der Gesellschafter besonders verabredet sein müßte [10]). Diesem Mißverständnisse tritt der Art. 85 entgegen, dessen Fassung für die praktische Anwendung den Vorzug verdient. Es ist überall nicht erforderlich, daß die solidarische Haft der offenen Handelsgesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ausdrücklich verabredet werde. Die Bestimmungen und Definitionen des HGB.'s bewegen sich nicht in dem Zirkelschlusse (Prot.

---

[10]) Der schweizerische Entwurf eines Handelsgesetzbuches (Bern 1864) gibt in Art. 48 die positive Definition: „Wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe gemeinschaftlich betreiben und den Gesellschaftsgläubigern mit ihrem Vermögen unbeschränkt haften, so bilden dieselben eine Kollektivgesellschaft." Allerdings ist diese Definition erschöpfender, aber sie bewegt sich in einem Zirkelschlusse und es ist mit derselben unverkennbar der Nachtheil verbunden, daß die unbeschränkte Haft der Gesellschafter eigentlich noch speziell verabredet sein muß, wenn die Gesellschaft als offene anerkannt werden soll, und eben hieraus entstehen Nachtheile für die Gläubiger und Unsicherheiten für den Beweis. Das in den Motiven des schweizerischen Entwurfes (v. Prof. Munzinger, Bern 1865) S. 61 angeführte Beispiel macht nach dem D. HGB. durchaus keine Schwierigkeit. A legt in die Gesellschaft 10,000 ein und erklärt, Dritten gegenüber mit 30,000 haften zu wollen. Wenn in dieser Weise die Gesellschaft erst gegründet werden soll, so ist A nach Art. 85 des D. HGB. unzweifelhaft nicht offener Gesellschafter, denn seine Betheiligung ist ja gerade Dritten gegenüber auf bestimmte Vermögenseinlagen, d. h. auf ein bestimmtes Maß beschränkt, und es macht keinen Unterschied, ob die Einlage sofort geleistet oder pro futuro versprochen wird; A erscheint hier als Kommanditist und die Gesellschaft würde als Kommanditgesellschaft eingetragen werden. Anders, wenn die Gesellschaft bereits als offene besteht; legt alsdann A 10,000 Thlr. mit der erwähnten Erklärung ein, so ist diese Erklärung unter den Gesellschaftern bindend, Dritten gegenüber verbleibt es hingegen bei der solidarischen Haft des A (Art. 112), so lange nicht die Gesellschaft als offene aufgelöst und als Kommanditgesellschaft neu gegründet und eingetragen wird.

S. 978, 979), daß die solidarische Haft an der einen Stelle als gesetzliche Folge und an einer anderen Stelle als gesetzliche Voraussetzung der offenen Gesellschaft aufgestellt wird. Das HGB. erklärt die solidarische Haft vielmehr nur als gesetzliche Folge; sobald eine offene Handelsgesellschaft vorhanden ist, tritt die solidarische Haft nach Außen kraft Gesetzes ein und eine entgegenstehende Verabredung hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung (Art. 112).

IV. Durch die Unterscheidung des Verhältnisses der Gesellschafter nach Außen (solidarische Haft) und ihres Verhältnisses nach Innen löst sich auch ein scheinbarer Widerspruch zwischen Art. 85 und 92. Der Satz des Art. 85, daß bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt sein dürfe, bezieht sich nur auf das Verhältniß der Gesellschafter nach Außen, nur auf die solidarische Haft (Art. 112). Dagegen kann im Verhältniß der Gesellschafter unter einander die Betheiligung allerdings auf bestimmte Vermögenseinlagen beschränkt sein, denn der Art. 92 bestimmt, daß kein Gesellschafter verpflichtet ist, seine Einlage über den vertragsmäßigen Betrag hinaus zu erhöhen oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen. Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftet jeder offene Gesellschafter gleichwohl mit seinem ganzen Vermögen. Dadurch unterscheidet sich die Einlage des offenen Gesellschafters von der Einlage des Kommanditisten (Art. 150).

Allein auch bei der offenen Gesellschaft haben ungeachtet und neben der solidarischen Haft die Vermögenseinlagen der Gesellschafter noch eine besondere Bedeutung für die Gesellschaftsgläubiger, und zwar aus dem Grunde, weil nach Art. 122 die Gesellschaftsgläubiger im Falle des Konkurses der offenen Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden. Die Gesellschaftsgläubiger haben ein Vorzugsrecht am Gesellschaftsvermögen, während der Grundsatz der solidarischen Haft sie an das Privatvermögen der Gesellschafter verweist, an welchem ihnen ein Vorzugsrecht vor den Privatgläubigern nicht zusteht. Da nun das Gesellschaftsvermögen durch die Einlagen der Gesellschafter gebildet und vermehrt wird, so ist die Höhe der Einlagen auch für die Gesellschaftsgläubiger, also auch nach Außen von Bedeutung [11]).

V. Form der Errichtung.

Wie in der allgemeinen Vorschrift über die Abschließung der Handelsgeschäfte, Art. 317, so ist das HGB. auch rücksichtlich der Form der Errichtung der offenen Handelsgesellschaft dem gemeinrechtlichen Grundsatze

[11]) S. die Erläuterungen zu Art. 92 und 122.

über die Formlosigkeit der Verträge gefolgt. Eine offene Handelsgesellschaft kann durch schriftlichen, durch mündlichen und durch stillschweigenden Vertrag errichtet werden [12]). Die älteren Vorschriften des preußischen Landrechtes (I, 17 §. 170 und II, 8 §. 614, 617), des Code de commerce (Art. 39) und anderer Partikularrechte, welche für die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft schriftlichen Vertrag verlangten, sind durch das HGB. beseitigt [13]), der zweite Absatz des Art. 85 hebt den Wegfall der Schriftlichkeit speziell hervor.

Damit sind zugleich auch die Kontroversen rücksichtlich der Frage beseitigt, was Rechtens sei oder sein solle, wenn eine Handelsgesellschaft ohne schriftlichen Vertrag thatsächlich besteht; denn vom Standpunkte des HGB. genügt der thatsächliche Bestand der Gesellschaft, insofern die thatsächlichen Verhältnisse die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Vertrages begründen.

Die Voraussetzungen, unter welchen ein stillschweigend abgeschlossener Gesellschaftsvertrag anzunehmen, richten sich zwar zufolge des Art. 1 des HGB. in Ermangelung besonderer Bestimmungen des HGB. nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte, also nach dem Civilrechte jedes Landes [14]), es kommt jedoch hierbei die Vorschrift des Art. 278 zur Anwendung, daß in Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Auch hier entscheidet also im einzelnen Falle das vernünftige, auf die begleitenden Umstände und auf die kaufmännischen Gewohnheiten gestützte richterliche Ermessen.

Folgende Umstände kommen hierbei in Betracht:

---

[12]) Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos, dubium non est. L. 4 pr. D. pro socio 17, 2.

[13]) Schon vor Publikation des HGB.'s hatte ein Erkenntniß des preuß. OTrib. ausgeführt (Erk. v. 4. Juli 1861, Archiv f. Rechtsfälle des K. OTrib. Bd. XLI S. 292), daß für die Handelsgesellschaften zwar schriftliche Errichtung vorgeschrieben sei, daß aber das Landrecht an den Mangel der Schriftlichkeit nicht die Strafe der Nichtigkeit geknüpft habe. Vgl. Koch zu Art. 85 des HGB.'s Anm. 3. Die Richtung der Praxis ging demnach schon vor dem HGB. nicht auf die Ausdehnung der Schriftlichkeit im Handelsverkehre. — Ueber das Erforderniß der Schriftlichkeit nach den fremden Rechten s. Thöl §. 37b Anm. 3.

[14]) Vgl. Preuß. Landrecht I 4 §. 58: „Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, werden für stillschweigende Willensäußerungen angesehen." Ebendas. §. 59—62.

1) Die Gesellschafter müssen ein Handelsgewerbe gemeinsam betreiben. Der Ausdruck betreiben ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die Gesellschaft unter allen Umständen erst mit dem Zeitpunkte des wirklichen Betriebes der Geschäfte beginne. Vielmehr ist zu unterscheiden. Wenn die Gesellschaft erst durch den faktischen Betrieb des Handelsgewerbes, also durch den in einem solchen gemeinsamen Betriebe enthaltenen stillschweigenden Vertrage entsteht, oder wenn die Existenz der Gesellschaft nur durch den faktischen Betrieb von Handelsgeschäften erwiesen werden kann, so fällt allerdings die Errichtung der Gesellschaft mit dem Beginne des Betriebes zusammen, wie dies auch aus Art. 110 Abs. 1 hervorgeht.

Allein die Errichtung der Gesellschaft durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages kann auch ganz unabhängig von der faktischen Eröffnung des Betriebes erfolgen. Sobald der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen ist, so ist die offene Handelsgesellschaft vorhanden und nur der Fall macht eine Ausnahme, wenn der Beginn der Gesellschaft durch eine spezielle Klausel des Vertrages auf einen späteren Zeitpunkt verlegt ist, alsdann existirt die Gesellschaft als solche vorher noch nicht. Eine solche Verabredung liegt aber nicht schon darin, daß der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erst später beginnen soll oder thatsächlich erst später beginnt. Nicht das ist also entscheidend, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe bereits wirklich betreibt, sondern der Umstand, ob die Gesellschaft zum Zwecke des Betriebes eines Handelsgewerbes errichtet ist[15]). Für den Bestand wie für den Fortbestand der Gesellschaft genügt der im Art. 85 angegebene kommerzielle Zweck der Gesellschaft, wenn auch die thatsächliche Ausführung fehlt.

2) Die Gesellschafter müssen das Handelsgewerbe als ein gemeinschaftliches betreiben.

a) Das vorzüglichste Kennzeichen der Gemeinschaftlichkeit des Betriebes wird stets das Vorhandensein einer gemeinsamen Firma sein. Ob die Namen aller Gesellschafter in der Firma vorkommen, ist mit Rücksicht auf

---

[15]) v. Kräwel zu Art. 85 Anm. 2 a. E. Streng genommen ist also die Definition in Art. 85 auch in dieser Hinsicht unzureichend, allein es ist die Aufgabe der Wissenschaft, die erschöpfende Definition aufzustellen. Rücksichtlich dieses einen im Texte besprochenen Punktes ist allerdings die Definition in Art. 20 des Code de commerce korrekter, wenn derselbe sagt: La société en nom collectif est celle, que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale. Hier ist der Schwerpunkt mit Recht auf den Zweck der Gesellschaft gelegt.

Art. 17 Abs. 1 nicht entscheidend, da es genügt, wenn auch nur der Name eines derselben mit einem das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Zusatze in der Firma vorkommt. Allerdings gilt derjenige, dessen Name in der gemeinsamen Firma vorkommt, als offener Gesellschafter (Art. 168, 257), allein es ist überhaupt nicht absolut erforderlich, daß mindestens einer der Gesellschafter in der Firma vorkommt, da die Gesellschaft auch eine von der Vorschrift des Art. 17 Abs. 1 völlig abweichende Firma führen kann, wenn sie durch einen der gesetzlichen Gründe in den Besitz derselben gekommen ist [16]). Sollte aber auch die gemeinsame Firma, unter welcher der Geschäftsbetrieb stattfindet, eine vorschriftswidrige sein, so würde dies nur das disziplinäre Einschreiten des Handelsgerichtes (Art. 26 Abs. 2) oder eine Klage Dritter (Art. 27) und somit die Nöthigung zu einer Aenderung der Firma zur Folge haben, keineswegs aber würde dies von Einfluß auf die Frage sein, ob die Handelsgesellschaft überhaupt bestehe; für die Bejahung dieser Frage genügt es, daß ein gewerbemäßiger Betrieb von Handelsgeschäften durch Mehrere unter einer gemeinschaftlichen Firma stattfindet oder stattgefunden hat, mag die Firma nun eine legale oder eine illegale sein.

Demnach kann namentlich aus folgenden Thatsachen auf die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft geschlossen werden: Betrieb des Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma; Angabe der gemeinschaftlichen Firma auf dem Aushängeschilde oder in anderer Form am Geschäftslokale [17]): Anzeige der gemeinschaftlichen Firma in den öffentlichen Blättern, in Cirkularen oder durch Adreßkarten [18]); Benutzung der gemeinsamen Firma in der Korrespondenz, sei es durch Unterschrift oder durch Verwendung eines

---

[16]) Vgl. Art. 22, 24 des HGB. und die Bestimmungen der Einführungsgesetze über die Eintragung derjenigen Firmen, welche bei Publikation des HGB. bestanden haben.

[17]) Erk. des OTribunals zu Berlin v. 25. Nov. 1856, Archiv f. Rechtsfälle des K. OTrib. Bd. XXIII S. 79. Erk. des OAG. zu Jena v. 20. März 1863, Busch Archiv Bd. VI S. 136.

[18]) Ein Beispiel führt Brinckmann §. 37 Anm. 4 an: A kauft eine Waare auf Kredit unter Ueberreichung einer Adreßkarte, welche seinen und des B Namen als Firma A & B enthält; der Verkäufer sendet die Waare mit einer an die Firma gerichteten Note in das auf der Adreßkarte bezeichnete Geschäftslokal, letzteres ist die Wohnung des B; B nimmt die Waare nebst Note ohne Widerspruch in Empfang. Als später B aus diesem Geschäfte in Anspruch genommen wurde, bestritt er das Vorhandensein einer Gesellschaft, es wurde aber erkannt, daß eine Gesellschaft bestanden habe.

Firmenstempels (Firmensiegels, Siegelmarke) in oder auf Briefen, Noten, Preiskouranten, Quittungen oder anderen Schriften.

b) Die gemeinschaftliche Firma ist jedoch nicht das ausschließliche Kennzeichen für das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft. Die Vorschriften des HGB.'s sind nur dahin zu verstehen: die Handelsgesellschaft soll eine gemeinsame Firma annehmen (Art. 86 Nr. 2), besteht sie ohne eine solche, so kann sie vom Handelsgerichte im Disziplinarwege zur Annahme einer Firma angehalten werden. Denn es ist denkbar, daß eine Gesellschaft alle Eigenschaften einer offenen Handelsgesellschaft besitzt, daß sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte auf gemeinsamen Gewinn und Verlust betreibt, ohne zur Zeit eine Gesellschaftsfirma zu besitzen [19]), und nach Art. 110 Abs. 1 beginnt die Gesellschaft Dritten gegenüber mit dem Zeitpunkte, in welchem sie thatsächlich ihre Geschäfte begonnen hat [20]). Liegen also die Voraussetzungen eines gemeinsamen gewerbemäßigen Betriebes von Handelsgeschäften vor, ohne daß eine gemeinsame Firma nachgewiesen werden kann, so ist der Mangel einer solchen kein Hinderniß für das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft.

Zu der Kategorie der thatsächlichen Errichtung gehört auch der in den Nürnberger Berathungen (Prot. S. 167) erwähnte Fall, daß ein Vater seinem Sohne, ein Oheim seinem Neffen, der Chef der Handlung seinem bisherigen Prokuristen einen Antheil an seinem Geschäfte einräumt [21]). Vorausgesetzt, daß in solchen Fällen der neu Betheiligte die eingeräumte Betheiligung auch acceptirt, so entsteht auch hierdurch eine Handelsgesellschaft, und zwar bis zum Nachweise des Gegentheiles eine offene Gesellschaft.

3) Alles, was von der stillschweigenden Errichtung der offenen Handelsgesellschaft gilt, gilt auch von der stillschweigenden Fortsetzung derselben, wenn im Falle der Auflösung (Art. 123) anstatt der Theilung und Liquidation von den Interessenten die Fortsetzung der Gesellschaft vorgezogen wird. Dieselben Umstände, welche zu der Annahme der stillschweigenden Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft berechtigen, berechtigen eintretenden Falles auch zu der Annahme der stillschweigenden Fortsetzung derselben.

---

[19]) Endemann §. 36 Nr. IV. Ein praktischer Fall dieser Art ist in Bd. I S. 105 mitgetheilt.

[20]) v. Hahn, Kommentar Bd. I S. 277 §. 3.

[21]) Auch aus der bloßen Bezeichnung „unser Herr A" oder „der unsere" kann unter Umständen die Existenz eines Sozietätsverhältnisses gefolgert werden. Vgl. Endemann §. 36 Anm. 8.

Das HGB. erwähnt zwar die stillschweigende Fortsetzung nur bei der Auflösung der Gesellschaft durch Ablauf der Zeit (Art. 123 Abs. 5), diese Erwähnung ist jedoch nicht restriktiv aufzufassen, sondern es ist unzweifelhaft, daß die stillschweigende Fortsetzung auch in den übrigen Fällen der Auflösung mit Ausnahme des Falles des Konkurses stattfinden kann [22]).

Verschieden von der stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft ist die stillschweigende Fortsetzung des Geschäftes eines Einzelkaufmannes durch eine Mehrheit von Erben. Im letzteren Falle wird zwar das Geschäft selbst fortgesetzt und zwar auch mit der Firma, wenn die Voraussetzungen des Art. 22 zutreffen, allein die Form, in welcher die Fortsetzung stattfindet, ist eine neue: aus einer derartigen Fortsetzung des Geschäftes entsteht eine offene Handelsgesellschaft, diese ist die neue Form, das Geschäft selbst und die Firma können die alten bleiben [23]). Durch eine solche Fortsetzung des Geschäftes, bei welcher die Erben dasselbe als ihr eigenes wirklich betreiben, hört der gemeinschaftliche Besitz des Geschäftes auf, eine bloße thatsächliche Gemeinschaft (communio incidens) zu sein [24]).

4) Der Name, welchen die Gesellschaft sich gibt, ist überall nicht entscheidend. Sie kann sich eine civilrechtliche Gesellschaft oder eine Gelegenheitsgesellschaft (Art. 266) oder eine stille Gesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft nennen und gleichwohl eine offene Handelsgesellschaft sein, wenn der Inhalt des Vertrages oder der thatsächliche Betrieb dies

---

[22]) S. die Erläuterungen zu Art. 123 und Anschütz in Busch Archiv Bd. XII S. 71 f.

[23]) Erk. des OAGer. zu München v. 9. Jan. 1854, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern B. XX S. 255 und Kletke Präjud. 2. Fortsetzung S. 38. — Eine offene Gesellschaft entsteht auch dann, wenn die Wittwe eines Kaufmannes das Geschäft des letzteren in Gemeinschaft mit den Kindern, bezüglich mit dem Vormunde der letzteren fortsetzt. Erk. des Kreisger. zu Thorn (1863), Busch Archiv B. II S. 169 und Centralorgan 1863 Nr. 51 S. 232. Ueber die offene Handelsgesellschaft unter Ehegatten s. Band I S. 61, und über den Unterschied zwischen der solidarischen Haft der Ehefrau als Handelsgesellschafterin des Mannes und ihrer Haft als bloßer gesetzlicher Folge des bestehenden ehelichen Güterrechtes s. ebendas. S. 61—64. Vgl. übrigens noch Schäffle, Nationalökonomie (1861) §. 155: „Die offene HGesellschaft liebt es, die natürliche Schwäche durch Familiengemeinschaft (Association mit Brüdern, Söhnen, Schwiegersöhnen, Schwägern) zu verbessern."

[24]) Voigtel in Busch Archiv Bd. X S. 76.

ergibt [25]). Ebensowenig kommen die Titel und Bezeichnungen in Betracht, welche die einzelnen Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrage beilegen. Auch bei einer offenen Handelsgesellschaft kann sich ein „Vorstand" oder eine Direktion, können sich Geranten, Vorsitzende, stellvertretende Vorsitzende u. s. w. finden, ohne daß die Gesellschaft deshalb aufhört eine offene zu sein [26]).

5) Es läßt sich übrigens nicht verkennen, daß in den Vorschriften über die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister allerdings ein indirekter Zwang zur schriftlichen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages liegt. Denn die Anmeldung muß die hauptsächlichsten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages enthalten, sie muß von allen Gesellschaftern unterzeichnet werden, und es liegt demnach in einer solchen formgerechten Anmeldung zweifellos ein schriftlicher Vertrag vor. Allein gleichwohl ist die Existenz der Gesellschaft von dieser schriftlichen Beurkundung unabhängig und außerdem bezieht sich, wie v. Hahn mit Recht hervorhebt [27]), die Anmeldung keineswegs auf den ganzen Inhalt des Vertrages, eine Reihe von Fragen, welche das Verhältniß der Gesellschaft nach Innen betreffen, werden von der Schriftlichkeit der Anmeldung gar nicht berührt [28]).

Art. 86.

Die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft ist von den Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, und bei jedem Handelsgerichte, in

---

[25]) Fälle der einen wie der anderen Art sind vorgekommen in der französischen Praxis. Vgl. die Erkenntnisse des Appellhofes zu Poitiers v. 11. Mai 1823 („société civile"), Sirey XXVI, 2, 77 und des Pariser Handelsgerichtes v. 23. Dez. 1847, Gazette des tribunaux 24. Dez. 1847. Ferner das Erk. des Appellhofes zu Bordeaux („société en participation") v. 6. Febr. 1849, Sirey XLIX, 2, 535 und das Erk. des Pariser Appellhofes v. 16. Mai 1808 („société en commandite") Sirey VIII, 2, 223.

[26]) So steht z. B. bei der offenen Handelsgesellschaft Grillo, Funke u. Comp. in Gelsenkirchen nach der gerichtlichen Bekanntmachung die Vertretung „dem Direktor F. Grillo und dem stellvertretenden Vorsitzenden H. Mönting in Gemeinschaft" zu.

[27]) v. Hahn II. Bd. zu Art. 85 §. 4.

[28]) Vgl. die zu Art. 86 a. E. gegebene Uebersicht.

dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung muß enthalten:

1) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;

2) die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;

3) den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat;

4) im Falle vereinbart ist, daß nur einer oder einige der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten sollen, die Angabe, welcher oder welche dazu bestimmt sind, ingleichen, ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll.

Pr. Entw. Art. 92 Abs. 1, 2. I. Entw. Art. 85. II. Entw. Art. 86. Prot. S. 166, 169, 171, 982, 4654—4662.

I. Die Nothwendigkeit der Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister ergibt sich schon aus den Vorschriften über die Anmeldung der Firmen Art. 17, 19, 24. Die Anmeldung hat bei demjenigen Handelsgerichte zu erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; der Sitz der Gesellschaft ist derjenige Ort, an welchem sich ihre Hauptniederlassung, der Mittelpunkt ihres merkantilen Geschäftsbetriebes (Komptoir, Kasse, Buchführung) befindet, und es kommen rücksichtlich der Feststellung dieses Ortes diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche bereits zu Art. 19 des HGB. aufgestellt sind. Eine Handelsgesellschaft kann nicht mehrere Sitze haben, ein Sitz muß als Ort der Hauptniederlassung gelten [1]).

Ebenso richtet sich die Anmeldung der Zweigniederlassung nach den zu Art. 21 des HGB. erörterten allgemeinen Regeln [2]).

II. Zu Ziffer 3 des Artikels.

Die Anmeldung soll den Zeitpunkt enthalten, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, nicht den Zeitpunkt, mit welchem sie beginnen soll. Die Fassung der Ziffer 3 ist absichtlich in diesem Sinne gewählt (Prot. S. 173). In Betreff der Errichtung der Gesellschaft ist nämlich zwischen dem Verhältnisse der Socii unter einander und dem Verhältnisse zu Dritten zu unterscheiden. Nur auf das letztere Verhältniß bezieht sich die Eintragung

---

[1]) Erlaß des Oberhandelsgerichtes zu Stuttgart v. 13. Juni 1866. Busch Archiv Bd. IX S. 453.

[2]) Vgl. Band I S. 128 Anm. 5 u. 8 S. 163, 164, 173—183.

in das Handelsregister [3]). Es ist selbstverständlich, daß ein Gesellschaftsvertrag mit der Bestimmung abgeschlossen werden kann, daß derselbe erst von einer bestimmten Zeit an in Wirksamkeit treten soll; nicht nur unter den Gesellschaftern ist dieser Vertrag bindend, sondern auch Dritten gegenüber entsteht die Gesellschaft erst dann, wenn der Vertrag zur Ausführung kommt, also wenn die Gesellschaft ihren Betrieb beginnen soll, und erst mit diesem Zeitpunkte kann die Eintragung erfolgen. Diese letztere, auch durch den Art. 110 §. 2 bestätigte Vorschrift rechtfertigt sich auch noch durch Art. 116 und durch die Analogie der Prokura. Nur eine wirklich ertheilte Prokura kann in das Register eingetragen werden, nicht aber eine solche, welche erst von einem bestimmten Zeitpunkte ab in Kraft treten soll.

Mithin ist auch die Anmeldung der Gesellschaft in einem solchen Falle bis dahin zu verschieben, wo die Gesellschaft wirklich begonnen hat [4]). Hierbei ist aber festzuhalten, daß von einem solchen besonderen Anfangstermine nur dann die Rede sein kann, wenn derselbe speziell verabredet ist. Ist dies nicht geschehen, so beginnt die Gesellschaft sofort mit der Errichtung und jeder Gesellschafter, welcher zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, kann sofort rechtsverbindlich für die Gesellschaft handeln; die Mitgesellschafter können sich der Haft aus solchen Handlungen nicht dadurch entziehen, daß sie sich darauf berufen, im Gesellschaftsvertrage sei über den Beginn der Geschäfte nichts bestimmt, denn Errichtung und Beginn der Gesellschaft fallen in solchen Fällen zusammen [5]). Wollen die Parteien die Unklarheit beseitigen, welche aus der Verabredung eines besonderen Anfangstermines für eine im Uebrigen bereits errichtete Gesellschaft entstehen können, so steht es ihnen frei, statt des Gesellschaftsvertrages ein bloßes pactum de contrahendo rücksichtlich der Gesellschaft abzuschließen, auf welches dann im gegebenen Zeitpunkte der Gesellschaftsvertrag selbst folgt.

Demnach kann der Eintrag im Handelsregister allerdings auch dahin lauten: „die Gesellschaft ist am 15. Februar 1867 errichtet." Aus einem solchen Eintrage geht hervor, daß ein besonderer Anfangstermin für den Be-

---

[3]) Die Eintragung entscheidet nicht über die Frage, ob die Handelsgesellschaft zu Recht besteht; sie kann bestehen und nicht eingetragen sein und sie kann eingetragen sein und nicht zu Recht bestehen, letzteres nämlich im Verhältnisse der Socii unter einander, nicht auch Dritten gegenüber. Vgl. Band I S. 101, 102.

[4]) v. Kräwel in Busch Archiv Bd. IV S. 24.

[5]) v. Kräwel a. a. O.

trieb, im Gegensatze zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrages, nicht existirt und daß mithin der Tag der Errichtung auch der Tag des Beginnes ist. Immerhin wird der Richter, um jede Unklarheit zu vermeiden, wohl thun, wenn er die Parteien auf den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift in Ziffer 3 des Art. aufmerksam macht und statt des Ausdruckes ist errichtet die Worte hat begonnen einträgt.

Ist überhaupt keine Angabe über den Beginn der Gesellschaft gemacht worden, so gilt Dritten gegenüber der Tag der Eintragung als Anfangstermin der Gesellschaft. Den Dritten steht aber stets der Gegenbeweis zu, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte schon früher begonnen habe (Art. 110).

III. Zu Ziffer 4 des Artikels. Nur die sub 4 des Art. aufgeführten Verabredungen in Betreff der Geschäftsführung der Socii können angemeldet und eingetragen werden, also nur:

1) Die gänzliche Ausschließung eines oder mehrerer der Gesellschafter von der Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft.

a) In dieser Beziehung genügt es nicht, daß eingetragen wird: die Geschäftsführung sei einem bestimmten Gesellschafter oder mehreren übertragen, sondern es muß die Ausschließung der übrigen deutlich ersichtlich sein. Der Ausdruck „nur" im Art. ist demnach allerdings relevant.

b) Ist die Befugniß zur Vertretung mehreren Gesellschaftern ausschließlich übertragen, so kann entweder jeder für sich allein zur Vertretung befugt sein oder aber die Befugniß soll nur in Gemeinschaft ausgeübt werden. Im letzteren Falle liegt eine Kollektivvertretung vor, über welche der folgende §. IV (S. 91) zu vergleichen ist. Erfolgt Seitens der Parteien rücksichtlich der Frage, ob das Eine oder das Andere eintreten soll, keine Erklärung, wird also z. B. einfach angemeldet, daß C von der Vertretung ausgeschlossen und diese nur dem A und dem B zustehe, so ist dies auch zur Eintragung völlig genügend [6]), denn es tritt Dritten gegenüber sofort die Präsumtion ein, daß jeder für sich allein gültig für die Gesellschaft handeln darf. Diese Präsumtion gründet sich auf Art. 100 des HGB.'s, dieselbe findet auch Anwendung bei der Ertheilung der Prokura an mehrere Prokuristen [7]); die Abweichung, daß die Gesellschafter nur in Gemeinschaft handeln sollen, muß speziell erklärt und angemeldet werden.

c) Aber nicht nur einer oder mehrere von den Gesellschaftern können

---

[6]) Es ist also nicht, wie Wächter Handelsr. II. Th. S. 5 annimmt, erforderlich, daß die Gesellschafter entweder das Eine oder das Andere ausdrücklich anmelden.

[7]) S. Bd. I S. 320 zu Art. 41.

von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen werden, sondern auch die Vereinbarung ist zulässig und kann eingetragen werden, daß sämmtliche Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sein sollen [8]).

Bei Beurtheilung dieser Streitfrage ist davon auszugehen, daß im Zweifel diejenige Auslegung des HGB.'s den Vorzug verdient, welche der Entwickelung des Handels und der Erhaltung und Förderung der Handelsgesellschaften am günstigsten ist. Nun kann es Fälle geben, in welchen es unausführbar ist, daß auch nur einer der Gesellschafter die Geschäfte führt und die Firma zeichnet, sei es wegen Abwesenheit aller vom Sitze der Gesellschaft oder wegen Krankheit, Alter, Beruf oder in Folge von Standesverhältnissen, und in welchen gleichwohl nur durch Errichtung oder durch Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft Verluste für die Gesellschafter verhütet werden können. Hier liegt es nahe, daß sämmtliche Gesellschafter auf die Vertretung der Gesellschaft verzichten und die Geschäfte durch einen Prokuristen führen lassen.

Daß nun eine solche Verabredung im HGB. verboten sei, läßt sich nicht nachweisen. Denn die jetzige Fassung des Art. 86 Nr. 4 ist nicht deshalb gewählt worden, weil man von der Ansicht ausgegangen wäre, daß stets mindestens einer von den Gesellschaftern firmiren müsse, vielmehr ergibt sich aus den Verhandlungen, daß man an eine solche Zwangsbestimmung überall nicht gedacht hat. Mit dem Ausnahmefalle, daß sämmtliche

---

[8]) Bejaht wird die Frage von Weinhagen und von Busch in Busch Archiv Bd. I S. 149, 156, ferner v. Lesse im Centralorgan 1862, Nr. 21 und v. Auerbach I S. 1071; verneint im Centralorgan 1862 Nr. 12. Der von Weinhagen a. a. O. mitgetheilte Fall betraf die unter der Firma „M. Du Mont Schauberg'sche Expedition der Kölnischen Zeitung" bestehende offene Handelsgesellschaft, welche von den Erben des früheren alleinigen Eigenthümers unter Ausschließung sämmtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung und unter Bestellung eines Prokuristen errichtet worden war. Die Eintragung der Gesellschaft wurde jedoch vom Handelsgericht zu Köln abgelehnt (Beschl. v. 25. April 1862, Centralorgan 1862 Nr. 12), weil mindestens ein firmirender Gesellschafter vorhanden sein müsse und die Gesellschaft durch einen Prokuristen nur unvollständig vertreten sei (unter Berufung auf Art. 117 und 42 Abs. 2). Die Betheiligten haben sich bei dieser Entscheidung beruhigt und die Vertretung in anderer Weise geordnet. Inzwischen ist in einem anderen Falle die Eintragung einer solchen allgemeinen Ausschließung erfolgt (Kreisgericht Dortmund, Gesellschaft Ruppel, Cramer u. Co.), s. die Erläuterungen zu Art. 104. — Auch bei Akkordverhandlungen im Falle des Konkurses der Gesellschaft kommen derartige Verabredungen vor.

Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, steht die Fassung der Ziffer 4 in keinem Zusammenhange, und man kann aus dieser Wortfassung ein Verbot jenes Ausnahmefalles um so weniger herleiten, als in der Diskussion zu dem unmittelbar vorhergehenden Artikel 86 des I. Entwurfes (Prot. 981) jener Ausnahmefall als möglich erwähnt worden ist, ohne daß jedoch ein Beschluß darüber gefaßt worden wäre [9]).

Ebensowenig steht aber auch der Art. 117 des HGB.'s entgegen. Denn wenn derselbe bestimmt, daß die Gesellschaft sowohl vor Gericht als bei der Empfangnahme von Insinuationen von jedem Gesellschafter vertreten wird, welcher von der Vertretung nicht ausgeschlossen ist, so steht diese Bestimmung mit dem Ausnahmefalle, in welchem sämmtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind, nicht nur in keinem Widerspruche, sondern in vollem Einklange: in diesem Ausnahmefalle ist eben keiner der Gesellschafter für sich allein zur Vertretung vor Gericht befugt. Und es ist in dem Artikel nicht gesagt, daß immer mindestens e i n e r der Gesellschafter die Gesellschaft vor Gericht und bei Insinuationen vertreten m ü s s e, an eine solche Zwangsvorschrift ist im Art. 117 so wenig gedacht, als im Art. 86 Ziff. 4. Vielmehr kann die Gesellschaft vor Gericht auch durch einen Prokuristen gültig vertreten werden (Art. 42) und es können Insinuationen gültig auch an einen Prokuristen geschehen.

Allerdings ist bei der zweiten Lesung ein beantragter Zusatz zu Art. 42:

„Die Behändigung von gerichtlichen Vorladungen und anderen Zustellungen geschieht mit gleicher Wirkung an den Prinzipal oder an den Prokuristen; letzterer kann die Annahme nicht verweigern"

abgelehnt worden (Prot. S. 950, 951), weil der Inhalt des Antrages theilweise für bedenklich, theilweise für selbstverständlich gehalten wurde, und es wurden mit Rücksicht auf diese Bedenken auch in Art. 117 Abs. 2 die Worte „an den Firmaführer" gestrichen (Prot. S. 1006).

---

[9]) Es war nur die Aeußerung eines einzelnen Mitgliedes, in welcher die Fälle einander gleichgestellt wurden: „wenn ein oder mehrere offene Gesellschafter sich beim Betriebe des Handelsgewerbes gar nicht betheiligen, von der Geschäftsführung ausgeschlossen seien oder wenn dieses bei sämmtlichen Gesellschaftern der Fall sei, wenn z. B. ein Nichtgesellschafter als alleiniger Geschäftsführer ursprünglich oder nachträglich bestellt werde" (Prot. S. 981). Allerdings kann man sich auf diese Aeußerung als auf die Ansicht der Mehrheit nicht berufen, gleichwohl ist dieselbe für die Beantwortung der Frage nicht unwichtig, denn unmittelbar darauf (Prot. S. 982) wurde der Art. 86 Ziff. 4 in seiner jetzigen Fassung angenommen.

Allein die Bedenken, welche gegen die unbeschränkte Zulassung der Insinuation an den Prokuristen geltend gemacht werden konnten, finden gerade in unserem Ausnahmefalle nicht statt. Man würde nämlich allerdings zu weit gehen, wenn man behaupten wollte, daß Insinuationen unter allen Umständen gültig an den Prokuristen erfolgen könnten, sie können es nach den meisten Prozeßgesetzen dann nicht, wenn der Prinzipal anwesend ist, denn in diesem Falle hat die Ladung an den Beklagten selbst zu geschehen, nicht an den Stellvertreter; der Prokurist kann alsdann, wenn die Ladung richtig erfolgt ist, den Prozeß für die Firma durchführen. Ist aber der Prinzipal abwesend, so können Ladungen und Insinuationen gültig auch an den Prokuristen geschehen [10]). Nun steht aber dem Falle der Abwesenheit des Prinzipals, hier also der Abwesenheit sämmtlicher Gesellschafter, der andere Fall gleich, wenn sämmtliche Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, in diesem Falle können alle gerichtlichen Insinuationen gültig an den Prokuristen erfolgen. Ferner aber kann ja die Vollmacht des Prokuristen vertragsmäßig noch über den gesetzlichen Umfang hinaus erweitert werden, sowohl hinsichtlich der gerichtlichen Insinuationen als hinsichtlich der Disposition über die Grundstücke. Damit widerlegt sich der Einwand, daß die Ausschließung sämmtlicher Gesellschafter von der Vertretung deshalb unzulässig sei, weil alsdann niemand vorhanden sein würde, an welchen gerichtliche Insinuationen gültig erfolgen könnten. Dieser Einwand würde selbst dann unzutreffend sein, wenn in einem solchen Falle nicht einmal ein Prokurist vorhanden wäre, denn alsdann würden die gerichtlichen Insinuationen zwar nicht an die Firma erfolgen können, wohl aber an sämmtliche Gesellschafter persönlich, wie denn überhaupt die sämmtlichen Gesellschafter die Befugniß behalten, über das Vermögen der Gesellschaft kollektiv zu verfügen, wenn auch nicht unter Anwendung der Gesellschaftsfirma, deren Führung keinem von ihnen zusteht. Und eben in diesem letzteren Punkte zeigt sich der Unterschied dieser Verabredung von der Verabredung der Kollektivvertretung durch sämmtliche Gesellschafter. Der praktisch wichtige Unterschied liegt darin, daß eine solche Kollektivvertretung keine volle Sicherheit für die einzelnen bietet, weil nach Art. 100 des HGB.'s ungeachtet der Kollektivvertretung jeder Gesellschafter wenigstens dann allein handeln kann, wenn Gefahr im Verzuge ist.

IV. Ferner ist einzutragen:

---

[10]) Vgl. Bd. I S. 323 Anm. 7.

2) Die Anordnung einer Kollektivvertretung, falls eine solche verabredet ist.

Die Kollektivvertretung findet ihr Vorbild in der Kollektivprokura [11]) (Art. 41, 44) und es gelten hinsichtlich derselben folgende Grundsätze:

a) Die Kollektivvertretung kann nicht blos in dem Falle verabredet werden, wenn die Vertretung überhaupt nur einigen von den Gesellschaftern ausschließlich übertragen ist [12]), sondern auch dann, wenn keiner der Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen ist. Allerdings könnte die Stellung des Satzes „ingleichen, ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll", in Ziffer 4 des Art. die Frage zweifelhaft machen. Eine Vergleichung des jetzigen Textes der Ziffer 4 mit dem Art. 87 des Entwurfes I. Lesung ergibt jedoch, daß die Beschränkung der Kollektivvertretung auf die ebenfalls in Ziff. 4 erwähnten Ausschließungsfälle beseitigt worden ist. Der Art. 87 des Entwurfes I. Lesung lautete in Ziff. 5:

„Die Angabe, ob alle Gesellschafter oder nur einer oder einige derselben die Gesellschaft vertreten sollen, ingleichen, ob in letzterem Falle dieses Recht nur in Gemeinschaft mit anderen Gesellschaftern ausgeübt werden soll."

Die Worte „in letzterem Falle" sind bei der Beschlußfassung in der II. Lesung weggeblieben (Prot. S. 982) und es ist demnach die Verabredung der Kollektivvertretung in jedem Falle zulässig. Karl und Wilhelm Abel können eine offene Handelsgesellschaft in der Weise gründen, daß das Recht zur Vertretung derselben von beiden nur in Gemeinschaft ausgeübt werden darf [13]).

Besteht die Gesellschaft aus vielen Mitgliedern und soll die Gesellschaft nur durch sämmtliche Gesellschafter in Gemeinschaft vertreten werden, so ist dies allerdings eine solche Erschwerung des Geschäftsbetriebes, daß dieselbe der Ausschließung sämmtlicher Gesellschafter von der Vertretung sehr nahe kommt. Die mit einer solchen schwerfälligen Kollektivvertretung verbundenen Nachtheile können jedoch in der Praxis durch die Bestellung eines Prokuristen der Gesellschaft ausgeglichen werden [14]).

---

[11]) Vgl. Bd. I S. 319 und 340.

[12]) Wie dies Wächter Handelsrecht II. Th. S. 5 annimmt.

[13]) Es ist dies der in Busch Archiv Bd. II S. 171 und im Centralorgan Bd. II Nr. 40, 41 besprochene Fall.

[14]) Beispiel: Im Gesellschaftsregister des Kreisgerichtes zu Sigmaringen ist eingetragen die Gesellschaft „Mechanische Spinn- und Weberei von Stölker

b) Wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Mitgliedern besteht, so kann die Kollektivvertretung auch in der Weise verabredet werden, daß die Gesellschaft immer durch je zwei oder je drei u. s. w. der geschäftsführenden Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten wird. Es verhält sich hiermit wie bei der Kollektivprokura. Es ist hinsichtlich der Wirkung gleich, ob bei drei Gesellschaftern A, B und C die Kollektivvertretung ausdrücklich dem A und B, ferner auch dem B und C, so wie dem A und C übertragen wird, oder ob es schlechthin heißt: die Vertretung steht je zweien in Gemeinschaft zu [15].

In den gerichtlichen Bekanntmachungen über Kollektivvertretungen bei Handelsgesellschaften finden sich nicht selten auch Bemerkungen über die Vertretung in Abwesenheits- oder Verhinderungsfällen des einen oder des anderen Gesellschafters [16]. Solche Bekanntmachungen und Eintragungen

---

und Comp." zu Laucherthal bei Sigmaringendorf; die Gesellschafter sind: der Partikulier Th. Stölker zu Konstanz, der Kantonsrichter L. Gmür zu St. Gallen, der Bezirksgerichtspräsident U. v. Meerhardt zu Emshofen im Kanton Thurgau; die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, wird von den Gesellschaftern in Gemeinschaft ausgeübt". Und im Prokurenregister desselben Gerichtes ist eingetragen: Prinzipal: die Handelsgesellschaft „Mechanische Spinn- und Weberei von Stölker u. Comp." in Laucherthal bei Sigmaringendorf, Prokurist: Joh. Bapt Zimmerer zu Sigmaringendorf (Bekanntmachungen v. 13. März 1866).

[15]) Beispiel: 1) Handelsgesellschaft Bischoffsheim u. Comp.; die Gesellschafter sind: die Kaufleute Ludwig Bischoffsheim, Albert Bischoffsheim, Karl Reinhard, Moritz Kirchleitner, sämmtlich zu München; „die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht nur mindestens je zweien der Gesellschafter in Gemeinschaft zu." Oder: „die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht den Gesellschaftern in der Weise zu, daß die Willenserklärungen und Unterschriften von mindestens dreien von ihnen nothwendig sind, um die Gesellschaft zu verpflichten." 2) „Die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht nur dem Kaufmann Ludwig Bischoffsheim, dem Kaufmann Albert Bischoffsheim und dem Kaufmann Karl Reinhard und zwar dergestalt zu, daß dieselbe nur von mindestens zweien dieser Gesellschafter in Gemeinschaft ausgeübt werden kann; der Gesellschafter Moritz Kirchleitner ist von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen."

[16]) Vgl. z. B. die offene Handelsgesellschaft „Vereinigte Schreinermeister Peter Pöttgen u. Comp." in Köln, die Befugniß zur Vertretung steht hier nur drei bestimmten Gesellschaftern in Gemeinschaft und zwar in der Weise zu, „daß für den Fall einer oder zwei der drei genannten Vertreter der Gesellschaft verhindert sein sollten, alsdann die Mitgesellschafter J. B. A.

im Handelsregister sind nicht dahin zu verstehen, daß für Dritte irgendwelche Erkundigungspflicht rücksichtlich der Abwesenheits- oder Verhinderungsfälle bestände. Dritten gegenüber sind derartige Bemerkungen eben so irrelevant wie bei der Prokura; ist diese nur für den Fall der Abwesenheit oder der Verhinderung des Prinzipals ertheilt, so mag dies im Verhältnisse zwischen Prinzipal und Prokuristen bindend sein, Dritten gegenüber gibt es keine besondere Abwesenheits-Prokura, sondern die Prokura besteht entweder oder sie besteht nicht (Art. 43). Dasselbe gilt auch von der Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft; der Art. 116 erklärt die Beschränkung, daß die Befugniß zur Vertretung nur unter gewissen Umständen ausgeübt werden soll, Dritten gegenüber für unwirksam. Was aber Dritten gegenüber unwirksam ist, das eignet sich auch nicht zur Eintragung in das Handelsregister [17]).

c) Verschieden von der Kollektivvertretung durch eine Mehrheit von Gesellschaftern, welche gemeinschaftlich die Firma zeichnen, ist die Frage, ob eine Kollektivvertretung in der Weise verabredet werden kann, daß die Zeichnung der Firma durch einen oder mehrere Gesellschafter in Gemeinschaft mit einem Prokuristen erfolgen soll. Ueber diese Frage, welche nach den Grundsätzen über die Prokura zu entscheiden ist, sind die Erläuterungen zu Art. 104 zu vergleichen.

d) Die Form, in welcher die Zeichnung der Firma bei der Kollektivvertretung erfolgt, richtet sich analog nach der Vorschrift des Art. 44 über die Zeichnung der Kollektivprokura [18]). Wenn bei der Gesellschaft unter der Firma „Mechanische Spinn- und Weberei von Stölker u. Co.“ die drei Gesellschafter Th. Stölker, L. Gmür und U. v. Meerhardt nur in Gemeinschaft handeln dürfen, so haben sie die Firma in der Weise zu zeichnen, daß die Gesellschaftsfirma vorangeht und alsdann die drei persönlichen Unterschriften folgen. Also:

Mechanische Spinn- und Weberei von Stölker und Comp.
Th. Stölker. L. Gmür. U. v. Meerhardt.

Die Gesellschaftsfirma über den persönlichen Unterschriften kann von jedem

---

und W. S. als Kooperanten befugt sein sollen, ihre persönlichen Namensunterschriften der Zeichnung der Firma an Stelle des oder der verhinderten Vertreter der Gesellschaft für diese rechtsverbindlich beizufügen.“ (Handelsgericht zu Köln 4. Mai 1867, Kölnische Zeitung 1867, Nr. 124, 2. Blatt.)

[17]) S. die Erläuterungen zu Art. 116.

[18]) Vgl. Bd. I S. 340, 341.

der firmirenden Gesellschafter geschrieben werden, in der Regel wird dieselbe von demjenigen geschrieben werden, welcher zuerst unterzeichnet, eine bestimmte Reihenfolge braucht dabei nicht eingehalten zu werden, ebensowenig wie bei der Reihenfolge der persönlichen Unterschriften. Es ist also im obigen Falle gleichgültig, ob Th. Stölker an erster oder an zweiter oder dritter Stelle unterschreibt, das Gesetz hat keine bestimmte Reihenfolge vorgeschrieben [19]), nur die Form der Unterschriften und der Gesellschafts-Firma selbst muß feststehen.

Da aber nach Art. 88 Abs. 2 die Zeichnung der Firma nebst der Namensunterschrift von jedem der firmirenden Gesellschafter persönlich vor dem Handelsgerichte geschehen muß, so folgt, daß auch bei der Kollektivvertretung jeder der firmirenden Gesellschafter die Gesellschaftsfirma einmal persönlich zeichnen und seine Unterschrift hinzufügen muß. Es ist dies auch aus dem Grunde nöthig, weil nur auf diese Weise der Zweck der Vorschrift erreicht, d. h. die Echtheit der Firma-Zeichnung und der Unterschrift später geprüft werden kann. Demnach zeichnet im obigen Falle bei der Anmeldung vor dem Handelsgerichte Th. Stölker sowohl die Gesellschaftsfirma („Mechanische Spinn- und Weberei" u. s. w.) als auch seine persönliche Unterschrift und es wird bei der Aufnahme der Verhandlung bemerkt, daß derselbe die Firma in dieser Weise in Gemeinschaft mit den übrigen Kollektivvertretern zeichnen werde; in derselben Weise zeichnen auch die beiden anderen.

Eine andere Form der bei der Anmeldung zu vollziehenden Zeichnung würde diejenige sein, bei welcher jeder der Kollektivvertreter einmal die Firma nebst seiner Unterschrift zeichnet, alsdann aber auch jeder der übrigen seine Unterschrift hinzufügt, so daß die Zeichnung auch bei der Anmeldung jedesmal die entsprechende Mehrzahl von Unterschriften trägt. Hiernach würden im obigen Falle die drei Unterschriften Th. Stölker, L. Gmür, U. v. Meerhardt unter jede der drei Zeichnungen der Gesellschaftsfirma zu setzen sein [20]). Die Schwerfälligkeit dieser Form würde sich

---

[19]) Dies spricht gegen die im Centralorgan Bd. II Nr. 40 vorgeschlagene Form der Zeichnung, bei welcher die Firma Karl Abel u. Comp. zwar von jedem der beiden Kollektivvertreter C. und W. Abel gezeichnet werden, die Reihenfolge der Unterschriften aber so fest stehen soll, daß C. Abel dem W. Abel stets vorangeht.

[20]) Diese Form ist im Centralorgan Bd. II Nr. 41 und Busch Archiv Bd. II S. 171 mit Bezug auf den bereits in der Anm. 12 und erwähnten Fall K. Abel und Comp. folgendermaßen vorgeschlagen. „Karl Abel wird in

aber bei einer größeren Anzahl von Gesellschaftern, welche alternativ zur Kollektivvertretung befugt sind, bis zur Unerträglichkeit steigern, ohne daß die Maßregel dem Zwecke des Gesetzes entspräche. Man denke sich den gar nicht seltenen Fall, daß von fünf Gesellschaftern immer je zwei zur Vertretung befugt sind; es müßten dann alle denkbaren Kombinationen bei der Zeichnung vor dem Handelsgerichte behufs der Anmeldung ihren Ausdruck finden und hiernach würden 20 Zeichnungen nöthig sein. In der That ist dies als Grundsatz wenigstens bei der Kollektivprokura von einem Handelsgerichte aufgestellt, später aber von demselben Gerichte wieder aufgegeben worden, indem das Gericht bei einer zweiten Entscheidung die einfache Form der einmaligen Unterschrift für ausreichend hielt[21]).

Der Zweck der ganzen Vorschrift über die Zeichnung bei der An-

---

Gemeinschaft mit dem anderen Gesellschafter Wilhelm Abel Namens der Gesellschaft zeichnen:

Karl Abel und Comp.

Karl Abel. Wilhelm Abel.

Hierbei ist die Firma Karl Abel und Comp., sowie die Unterschrift Karl Abel von dem Komparenten Karl Abel, die Unterschrift Wilhelm Abel von dem Komparenten Wilhelm Abel geschrieben. Die persönliche Unterschrift des Karl Abel ist:

K. Abel.

Wilhelm Abel wird in Gemeinschaft mit dem anderen Gesellschafter Karl Abel Namens der Gesellschaft zeichnen:

Karl Abel und Comp.

Wilhelm Abel. Karl Abel.

Hierbei ist die Firma Karl Abel u. Comp., sowie die Unterschrift Wilhelm Abel von dem Komparenten Wilhelm Abel, die Unterschrift Karl Abel von dem Komparenten Karl Abel geschrieben. Die persönliche Unterschrift des Wilhelm Abel ist:

„W. Abel."

Der Umstand, daß diese Form ohne Zweifel sehr schwerfällig ist, würde weniger in's Gewicht fallen, wenn dieselbe völlig korrekt wäre. Letzteres ist aber nicht der Fall; denn nicht nur führt dieselbe schließlich doch auf eine bestimmte Reihenfolge der Unterschriften zurück, welche im Gesetzbuche nicht begründet ist, sondern es stimmen auch die „persönlichen Unterschriften" W. Abel und K. Abel mit denen unter der Firma Wilhelm A. und Karl A. nicht überein.

[21]) S. die Entscheidung des Kommerz- und Admiralitäts-Kolleg. zu Königsberg von 1863 in Busch Arch. Bd. II S. 165 und die spätere Entscheidung v. 1864 in Busch Archiv Bd. III S. 365.

meldung vor dem Handelsgerichte, wie sie der Art. 88 Abs. 2 aufstellt, besteht immer nur darin, daß die Echtheit der Firmenzeichnung und der Unterschriften durch Einsicht der Originalzeichnung geprüft werden kann; dieser Zweck wird aber durch die oben aufgestellte einfachste Form völlig erreicht.

V. Andere Beschränkungen hinsichtlich der Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft und zur Geschäftsführung als die in Ziff. 4 des Art. erwähnten können nicht eingetragen werden. Dies gilt insbesondere von den im Art. 116 des HGB.'s Dritten gegenüber für unwirksam erklärten Beschränkungen, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Arten von Geschäften oder nur auf gewisse Geschäfte oder nur auf eine gewisse Zeit oder nur auf einzelne Orte oder nur auf gewisse Umstände beziehe. Es gilt hier dasselbe, was von den Beschränkungen der Prokura gilt [22]).

1) Es kann also unter Anderem nicht eingetragen und nicht bekannt gemacht werden, daß der Gesellschafter A keine Wechsel für die Gesellschaft ausstellen dürfe, daß der Sozius B nicht auf Kredit für die Gesellschaft kaufen dürfe, daß der firmirende Gesellschafter C bei Geschäften von über 1000 Thlr. seine Mitgesellschafter vorher fragen müsse. Ferner aber auch nicht, daß bei Verhinderung des Gesellschafters A oder B der Gesellschafter C zur Vertretung der Gesellschaft befugt sei [23]), oder daß den Gesellschaftern B und C die Befugniß zur Vertretung für ein bestimmtes Geschäftsjahr ertheilt sei [24]), oder daß der Gesellschafter D „zur Empfangnahme von Briefen, Packeten mit und ohne deklarirten Werth und von Geldsendungen ermächtiget ist" [25]) und weitere Bemerkungen ähnlichen Inhaltes. Der Richter soll in das Handelsregister nicht solche Bemerkungen und Verabredungen eintragen, welche Dritten gegenüber entweder unwirksam oder ohne Bedeutung sind; die Frage, ob solche Verabredungen unter den

---

[22]) S. Bd. I die Erläuterungen zu Art. 43.

[23]) S. hierüber S. 92, 93.

[24]) Ein solcher Eintrag ist wirklich vorgekommen. Ein Gericht macht bekannt: „Die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht für das Geschäftsjahr vom 1. Juli 1867 bis dahin 1868 den Gutsbesitzern Louis F., Albert D. u. s. w. zu." Preußischer Staatsanzeiger 1867 Nr. 184.

[25]) Auch dieser Eintrag findet sich wörtlich in der in der vorigen Note erwähnten gerichtlichen Bekanntmachung. Eine derartige Verabredung mag der Postbehörde gegenüber Bedeutung haben, dieselbe gehört aber überall nicht in das Handelsregister.

Gesellschaftern selbst wirksam sind und unter diesen gewisse rechtliche Folgen haben, bleibt hierbei außer Betracht.

2) Zugleich ergibt sich aber aus der Fassung der Ziffer 4 des Artikels, daß die Befugniß der Gesellschafter zur Geschäftsführung überhaupt nur dann Gegenstand einer Eintragung im Register sein kann, wenn entweder die eine oder die andere der in Ziffer 4 erwähnten Verabredungen, beziehungsweise Beschränkungen getroffen ist.

Wenn dagegen die Gesellschafter keine besondere Verabredung wegen der Geschäftsführung getroffen, sondern es bei der gesetzlichen Regel belassen haben, wonach jeder von ihnen zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, so kann dieses sich gesetzlich von selbst verstehende Verhältniß nicht Gegenstand eines Eintrages im Register werden.

Wenn also in den durch Art. 13 des HGB. vorgeschriebenen gerichtlichen Bekanntmachungen über die geschehene Eintragung offener Handelsgesellschaften sich nicht selten am Schlusse die Bemerkung findet: „Die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht jedem der Gesellschafter zu", so ist diese Bemerkung, so wie der Eintrag, auf welchen sich dieselbe bezieht, den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht gemäß. Das Handelsregister hat gesetzlich für solche Bemerkungen keinen Raum. Denn der Art. 86 gibt genau an, was eingetragen werden soll und dazu gehört jene Bemerkung nicht; dieselbe versteht sich bei allen offenen Handelsgesellschaften so lange von selbst, als nicht das Gegentheil verabredet ist. Der Richter soll nur die im Art. 86 Z. 4 erwähnten Ausnahmen, nicht aber auch die gesetzliche Regel eintragen, und der vom Gesetze genau fixirte Inhalt des Registers soll vom Richter nicht willkührlich erweitert werden [26]).

Der hier besprochene Zusatz: „Die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, steht jedem der Gesellschafter zu" findet sich am häufigsten in den gerichtlichen Bekanntmachungen aus dem früheren Geltungsgebiete des Code de commerce und von dort aus hat sich der Gebrauch auch nach anderen Gegenden verbreitet. Es erklärt sich dies aus den früher geltenden Bestimmungen des französischen Handelsgesetzbuches. Allein gerade diese jetzt aufgehobenen Bestimmungen sind geeignet, das ganze Verhältniß in's Klare zu setzen. Der Art. 43 des Code de commerce schreibt nämlich generell für die Eintragung sämmtlicher Arten von Handelsgesellschaften vor, daß

[26]) Vgl. Anschütz, über die Eintragungen im Handelsregister in Betreff der Vertretungsbefugniß bei offenen Handelsgesellschaften, in Busch Archiv Bd. X S. 88 f.

diejenigen Gesellschafter bezeichnet werden sollen, welchen die Geschäftsführung zusteht: la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. Der Code de commerce verlangt also die ausdrückliche Benennung der geschäftsführenden Gesellschafter auch dann, wenn dieselben mit den Gesellschaftern überhaupt identisch sind, wenn also Niemand von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sondern es hinsichtlich derselben bei der allgemeinen Regel bleibt. Demnach differirt der Code de commerce von unserem Handelsgesetzbuche eben darin, daß letzteres nur die Eintragung und Bekanntmachung der Ausnahme, der Code de commerce dagegen allerdings auch die Eintragung und Veröffentlichung des regelmäßigen und kraft Gesetzes eintretenden Verhältnisses verlangt.

Diese Abweichung beider Gesetzbücher war schon in dem preußischen Entwurfe enthalten, dessen Art. 94 ebenfalls nur die Eintragung und Veröffentlichung der Beschränkungen in der Geschäftsführung der Socii vorschreibt, nicht aber die Eintragung des regelmäßigen Falles. Und völlig klar ist das ganze Verhältniß auch in den Motiven des preußischen Entwurfes dargestellt, woselbst zu Art. 94 des Entwurfes bemerkt ist, daß der Kreis der Beschränkungen, welche die Gesellschafter durch das Handelsregister veröffentlichen lassen dürfen, so eng wie möglich zu begrenzen und nur solche Eintragungen zu gestatten seien, deren Zulassung durch ein begründetes Interesse der Gesellschafter geboten erscheine. Man sieht, daß hier immer nur von der Eintragung der Beschränkungen die Rede ist, nicht aber von der Eintragung des normalen, gewöhnlichen Zustandes hinsichtlich der Geschäftsführung.

Den Ausschlag in dieser Frage aber gibt schließlich der Art. 12 des HGB., welcher den gesetzlichen Zweck des Handelsregisters dahin bestimmt, daß in dasselbe die im Handelsgesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind. Hieraus läßt sich mit Sicherheit schließen, daß Eintragungen, welche im Handelsgesetzbuche überall nicht angeordnet sind, auch nicht in das Handelsregister eingetragen und in Folge dessen auch nicht durch die gerichtlichen Bekanntmachungen veröffentlicht werden sollen. Und hiermit stimmen auch die Aeußerungen bei der zweiten Lesung des Entwurfes überein, in welcher die jetzige, eingeschränkte Fassung des vierten Absatzes des Art. 86 aus dem Grunde beantragt wurde (Prot. S. 982), weil in allen denjenigen Fällen, in welchen über die Vertretung der Gesellschaft durch die offenen Gesellschafter nichts Besonderes verabredet worden sei und sonach die Regel, daß alle offenen Gesellschafter die Gesellschaft vertreten dürfen, Platz greife, kein zureichender Grund vorhanden sei, eine besondere

desfallsige Eintragung in das Handelsregister zu verlangen und im Unterlassungsfalle mit Strafen einzuschreiten.

Ebensowenig ist in den auf die Führung des Handelsregisters bezüglichen und in den einzelnen deutschen Staaten ergangenen besonderen Instruktionen eine Veranlassung für die Gerichte gegeben, von den hier entwickelten gesetzlichen Regeln abzuweichen. So sind in der preußischen Ministerial-Instruktion über die Führung des Handelsregisters v. 12. Dezember 1861 [27]) Th. I §. 52 in Betreff der Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft lediglich die vier Positionen des Art. 86 des HGB. wiedergegeben und der §. 53 verfügt ausdrücklich, daß die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister durch vollständige Aufnahme des Inhaltes der Anmeldung erfolgen soll, soweit derselbe nach §. 52 der Instruktion, also zugleich auch nach Art. 86 des Handelsgesetzbuches, zur Vollständigkeit derselben erforderlich ist. Demnach geht diese Instruktion von dem Grundsatze aus, daß alles Dasjenige, was nicht zur gesetzlichen Vollständigkeit der Anmeldung gehört, auch nicht eingetragen werden darf. Und nicht anders ist auch der Art. 88 des HGB. zu interpretiren, welcher verfügt, daß die Anmeldungen ihrem ganzen Inhalte nach in das Handelsregister einzutragen sind. Denn indem im ersten Satze desselben Artikels (88) zugleich auf die Art. 86 und 87 verwiesen ist, so ist damit hinlänglich angedeutet, daß es sich bei der Eintragung des ganzen Inhaltes der Anmeldungen nicht um die Eintragung alles Dessen handelt, was die Parteien anmelden, sondern lediglich um die Eintragung des ganzen gesetzlichen Inhaltes und eben nur dieses Inhaltes.

Ebenso enthält die bayerische Ministerial-Instruktion vom 30. April 1862 [28]) in §. 8 die Bestimmung, daß die fünfte Spalte des Gesellschaftsregisters alle sonstigen, aber auch nur diejenigen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft angeben soll, deren Eintragung in das Register vorgeschrieben ist. Alles dasjenige, was zu diesem gesetzlichen Inhalte (Art. 86) nicht gehört, und mithin auch die Bemerkung, daß jeder der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt sei, ist in der Eintragung wegzulassen.

Dasselbe gilt auch von der Angabe, daß die Gesellschaft eine offene sei. Für die entgegengesetzte Meinung, die Anmeldung müsse auch die Angabe enthalten, daß die Gesellschaft eine offene sei oder daß die Gesellschafter als offene eintreten wollen, hat man sich auf die Nürnberger

---

[27]) Koch, Kommentar S. 13 Anm. 10. Preuß. Justizministerialblatt 1861 S. 329.

[28]) Lutz, bayer. Einführungsgesetz S. 48 Anm. 1.

Protokolle berufen [29]). Nun ergibt sich allerdings, daß in der ersten Lesung (Prot. S. 171) die Nothwendigkeit einer solchen Erklärung beschlossen wurde, und daß in Folge dessen der Entwurf I. Lesung in Art. 87 unter Ziffer 4 aufzählt: „die Erklärung, daß die Gesellschafter als offene verantwortlich sind." Allein in der zweiten Lesung (Prot. S. 982) wurde diese Ziffer 4 mit 12 gegen 3 Stimmen gestrichen, da ihr Inhalt selbstverständlich sei, die Kaufleute aber nicht an die Form gebunden werden sollten, das, was sich von selbst verstehe, noch ausdrücklich zu erklären [30]). In Folge dessen gehört diese Angabe auch nicht in die gerichtlichen Bekanntmachungen über die Errichtung der Gesellschaft.

Alle Abweichungen von diesen gesetzlichen Regeln verstoßen zugleich gegen das ganze System des HGB.'s, weil sie die Kraft und Wirkung der gesetzlichen Präsumtionen abschwächen, auf denen das System des Gesetzbuches beruht [31]).

VI. Nicht der ganze Inhalt des Gesellschaftsvertrages wird eingetragen und veröffentlicht; die Aufdeckung der inneren Verhältnisse der Gesellschaft würde gegen das Interesse des Handelsstandes sein [32]). Aus dem Art. 86 ergibt sich, daß außer den bereits erwähnten Punkten (§. V) noch folgende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht eingetragen oder bekannt gemacht werden:

---

[29]) Wächter, Handelsr. II S. 4. Vgl. oben S. 74, 75.

[30]) Hiermit stimmt auch die preuß. Instruktion §. 53 überein.

[31]) Als korrekt im Sinne des A. D. HGB. erscheint demnach bei gerichtlichen Bekanntmachungen über die Errichtung einer gewöhnlichen offenen Handelsgesellschaft nur diejenige Form, welche im Wesentlichen der folgenden entspricht: „Im Gesellschaftsregister des unterzeichneten Gerichtes ist unter Nr. 100 eingetragen: die Gesellschafter der in B. unter der Firma A. Küster und Comp. bestehenden Gesellschaft sind: August Küster, Georg Herbst, Louis Burghardt, sämmtlich hier wohnhaft. Die Gesellschaft hat am 1. Februar 1867 begonnen." Oder: „Auf Anmeldung ist heute in das hiesige Handels- (Gesellschafts-) Register unter Nr. 736 eingetragen worden die Handelsgesellschaft unter der Firma Koch und Simon, welche ihren Sitz in Köln hat; die Gesellschafter sind: der Kaufmann Louis Koch und der Kaufmann Wilhelm Simon, beide in Köln wohnhaft". In der letzteren Anzeige fehlt die Angabe, wann die Gesellschaft begonnen habe; allein, wenn kein besonderer Anfangstermin angegeben ist, so gilt als solcher nach Art. 110 jedenfalls der Tag der Eintragung, ohne daß der Beweis eines früheren Beginnes ausgeschlossen ist. Vgl. hierüber S. 85—87.

[32]) Motive zum preuß. Entw. S. 50.

1) Die Bestimmungen über den Endtermin oder über die Kündigung der Gesellschaft [33]), nur die wirklich erfolgte Auflösung wird eingetragen;

2) die Bestimmungen über die Höhe des Gesellschaftskapitales, sowie über die Einlagen und über die Antheile der einzelnen Gesellschafter am Gewinn und Verlust;

3) der Gegenstand des Unternehmens oder der Handelszweig, welchen die Gesellschaft betreibt. Wie beim Einzelkaufmanne, so wird auch bei der offenen Handelsgesellschaft der Geschäftszweig niemals für sich, sondern nur insofern eingetragen, als derselbe zur Firma gehört [34]). Ergibt sich aus der Anmeldung und aus den zu Grunde liegenden Verhältnissen, daß letzteres nicht der Fall ist, daß der Geschäftszweig oder der Gegenstand des Unternehmens nur um seiner selbst willen eingetragen werden soll, daß er also nicht zur näheren Bezeichnung der Firma dienen soll oder daß er dazu gar nicht dienen kann, so ist der Geschäftszweig auch nicht in das Register einzutragen. Bei der ersten Lesung des Entwurfes des HGB. wurde zwar ein hierauf bezüglicher Beschluß nur in der Form gefaßt:

> „daß die Gesellschafter nicht schuldig sein sollten, in die dem Handelsgerichte vorzulegende Erklärung auch den Gegenstand des Geschäftsbetriebes aufzunehmen, weil bei der Freiheit des Verkehres eine solche Anzeige unthunlich und selbst beim Prokuristen eine solche Beschränkung nicht für zulässig befunden worden sei".

Es könnte hiernach den Anschein gewinnen, als ob die Gesellschafter blos nicht verpflichtet seien, den Gegenstand des Geschäftsbetriebes anzumelden, wohl aber dazu berechtigt. Dieser Auslegung widerspricht aber nicht nur die Hinweisung auf die Unzulässigkeit einer solchen Anmeldung beim Prokuristen am Schlusse der angeführten Stelle der Protokolle, sondern sie steht auch im Widerspruche mit dem in Art. 12 des HGB.'s aufgestellten Rechtsgrundsatze, daß in das Handelsregister nur die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind. Da nun das HGB. die Eintragung des Geschäftszweiges der offenen Handelsgesellschaft nicht angeordnet hat, so hat der Richter denselben auch nicht in das Register einzutragen [35]), es sei denn, daß der Geschäftszweig einen wirklichen und zulässi-

---

[33]) Motive zum preuß. Entw. S. 53.

[34]) S. die Erläuterungen zu Art. 16.

[35]) Die Eintragung des Geschäftszweiges der Gesellschaft ist im Hinblick auf die Vorschriften der Art. 96 und 103 des HGB.'s nicht gleichgültig, aber sie ist eben in dieser Hinsicht Dritten gegenüber unwirksam.

gen Bestandtheil der Firma bildet [36]). Der Umstand, daß die Praxis mancher Gerichte hiervon abweicht, beweist noch nicht, daß diese Praxis zu Recht besteht.

Alles Dieses verhält sich anders bei der Aktiengesellschaft, indem bei dieser die Eintragung der ad 1—3 genannten Bestimmungen gesetzlich vorgeschrieben ist (Art. 210).

VII. Gibt es eine gerichtliche Klage auf Vornahme der Anmeldung?

Die Gesellschafter sind zur Anmeldung verpflichtet (Art. 19 des HGB.). Sie können nicht allein im Disziplinarwege vom Handelsgerichte durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung angehalten werden, worüber die Erläuterungen zu Art. 89 zu vergleichen sind, sondern die Anmeldung ist auch unter den Gesellschaftern selbst, im Wege des Civilprozesses erzwingbar. Jeder Gesellschafter hat gegen den anderen eine zur Kompetenz der Handelsgerichte gehörende Civilklage auf Vornahme der Anmeldung und der zur Eintragung nöthigen Schritte, ohne daß der Kläger etwa noch ein spezielles und ein weiteres Interesse nachzuweisen hätte, als die Existenz des Gesellschaftsvertrages. Das rechtliche Interesse daran besteht ipso jure kraft des Gesellschaftsvertrages; jeder Gesellschafter erwirbt aus dem Gesellschaftsvertrage ein klagbares Recht darauf, daß die Mitgesellschafter die zur rechtlichen Sicherung der Gesellschaft und der Gesellschaftsfirma Dritten gegenüber vornehmen und er verfolgt diesen Anspruch mit der Gesellschaftsklage (actio pro socio) [37]). Weigert sich ein Gesellschafter gegenüber seinen Mitgesellschaftern beharrlich, jene Schritte vorzunehmen, so kann dies nach Art. 125 des HGB. auch die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben,

---

[36]) Leopold Feder meldete die Firma „Schnittwaarenhandlung des Leopold Feder" an, zeichnete aber „Leopold Feder"; die Handelskammer zu Prag entschied mit Recht, daß die erstere Firma nicht eingetragen werden könne, weil dieselbe mit der eigenhändigen Zeichnung nicht übereinstimme. Schebek, das Handelsregister nach dem A. D. HGB., Prag 1866, S. 35.

[37]) Die Klage gehört nicht deshalb oder nicht blos deshalb zur Kompetenz der Handelsgerichte, weil die positiven Bestimmungen einzelner Einführungsgesetze (wie z. B. das preußische, Art. 2) die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft ausdrücklich für Handelssachen erklären, sondern jene Bestimmungen konstatiren nur die handelsrechtliche Natur dieser Verhältnisse und der daraus entspringenden Klagen.

denn eine unbegründete Weigerung dieser Art erscheint als Nichterfüllung einer dem Gesellschafter obliegenden wesentlichen Verpflichtung [38]).

Ein rechtliches Interesse an der Vornahme der Anmeldung kann unter Umständen auch Dritten zustehen und alsdann ist auch für diese eine Civilklage gegen die Gesellschaft oder gegen die sich weigernden Gesellschafter auf Vornahme der Anmeldung begründet. Ein solches rechtliches Interesse kann aber nur aus besonderen vertragsmäßigen Verhältnissen hergeleitet werden. Nicht jedem Gläubiger einer nicht in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft steht die Klage auf Vornahme der Eintragung zu, denn der Gläubiger hat eben mit einer nicht eingetragenen Gesellschaft kontrahirt und die Thatsache des Nichteingetragenseins mußte ihm kraft der Publizität des Registers bekannt sein, hier fehlt also das rechtliche Interesse. Nur dann ist eine Klage für Dritte begründet, wenn besondere vertragsmäßige Verpflichtungen von der Gesellschaft oder von einzelnen Gesellschaftern übernommen sind; also wenn beispielsweise ein Gesellschaftsgläubiger sich von der Gesellschaft versprechen läßt, daß sie ihre Fabrikgebäude oder andere Immobilien auf die Gesellschaftsfirma eintragen lassen will, ferner wenn ein Darlehen an die Gesellschaft unter der Bedingung gegeben ist, daß sie ihr Geschäft unter einer bestimmten, für ihren Kredit werthvollen Firma betreibt [39]), oder was noch wichtiger werden kann, wenn die Gesellschafter einem Gläubiger gegenüber die Verpflichtung übernommen haben, daß die Geschäftsführung und Vertretung nur einem oder mehreren bestimmten unter ihnen übertragen werden soll. Auch im letzteren Falle ist dem rechtlichen

---

[38]) Dem Interesse desjenigen Gesellschafters, welcher sich genöthigt sieht, den anderen zur Vornahme der Anmeldung gerichtlich zu veranlassen, kann allerdings schon durch das disziplinäre Einschreiten des Handelsgerichtes genügt werden und er hat die Wahl, ob er ein solches Einschreiten vermittelst Beschwerde beim Handelsrichter hervorrufen, beziehungsweise ob er dasselbe abwarten, oder ob er im Wege der Civilklage vorgehen will. Es sind aber Fälle denkbar, in welchen nur die Civilklage zum Ziele führt, nämlich dann, wenn der Gegner gegen die Verfügung des das Register führenden Richters Einspruch erhebt und dieser Einspruch vom Gerichte für begründet erklärt wird, oder wenn das Rechtsverhältniß unter den Parteien sogleich bei der Anmeldung streitig erscheint und der Richter die Parteien auf den Rechtsweg verweist. Ueber den letzteren Fall s. die Erläuterung zu Art. 88 S. 113.

[39]) Z. B. die Fabrikation von Eau de Cologne unter der Firma Jean Maria Farina, die Pianoforte-Fabrikation unter der Firma Erard, eine Weinhandlung unter der Firma P. Mumm.

Interesse des Gläubigers erst dann voll genügt, wenn die Ausschließung bestimmter Gesellschafter von der Geschäftsführung durch Eintragung in das Handelsregister auch nach Außen sicher gestellt wird.

Art. 87.

Wenn die Firma einer bestehenden Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt wird, oder wenn neue Gesellschafter in dieselbe eintreten, oder wenn einem Gesellschafter die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten (Art. 86 Ziff. 4), nachträglich ertheilt, oder wenn eine solche Befugniß aufgehoben wird, so sind diese Thatsachen bei dem Handelsgerichte behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Aenderung der Firma, bei der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft und bei der Aufhebung der Vertretungsbefugniß richtet sich die Wirkung gegen Dritte in den Fällen der geschehenen oder der nicht geschehenen Eintragung und Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Art. 25.

Pr. Entw. Art. 95. I. Entw. Art. 88. II. Entw. Art. 86. Prot. S. 175, 982 f. 1000 f.

I. Während der Art. 86 die Thatsachen bezeichnet, welche bei Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen sind, gibt der Art. 87 diejenigen Thatsachen an, welche einzutragen sind, wenn sie sich während des Bestehens der Gesellschaft ereignen. Als Grundsatz ist festzuhalten, daß alle diejenigen Veränderungen einzutragen sind, welche sich auf die in Ziff. 1—4 des Art. 86 aufgezählten Thatsachen beziehen [1]).

Diese der Eintragung unterworfenen Veränderungen sind folgende:

1) Wenn die Firma einer bestehenden Gesellschaft geändert wird. Die

---

[1]) Aber nur bereits eingetretene Veränderungen können angemeldet und eingetragen werden, nicht erst bevorstehende. Erkenntniß des Appell.-Gerichtes zu Breslau, Centralorgan N. F. Bd. I S. 575. — Die Anmeldung des Austrittes eines Gesellschafters, während die Gesellschaft fortbesteht, ist nicht im Art. 87, sondern durch Art. 129 vorgeschrieben.

alte Firma ist behufs der Löschung abzumelden, die neue behufs der Eintragung anzumelden.

2) Wenn der Sitz, also die Hauptniederlassung der Gesellschaft, an einen anderen Ort verlegt wird. Befindet sich der neue Sitz der Gesellschaft innerhalb desselben Handelsgerichtsbezirkes, so wird nur die Thatsache der Verlegung eingetragen. Verlegt die Gesellschaft dagegen ihren Sitz in einen anderen Gerichtsbezirk, so ist die Gesellschaft bei dem Handelsgerichte des neuen Wohnsitzes unter Beobachtung des Art. 86 Ziffer 1—4 förmlich anzumelden. Ganz dasselbe muß auch von denjenigen Veränderungen gelten, welche die im Artikel nicht erwähnten Zweigniederlassungen betreffen; die Errichtung einer neuen, sowie die Aufhebung einer bestehenden Zweigniederlassung ist sowohl bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung als auch bei dem Handelsgerichte desjenigen Bezirkes anzumelden, in welchem die Zweigniederlassung sich befindet (Art. 86 §. 1 und Art. 21).

3) Wenn neue Gesellschafter in die Gesellschaft eintreten.

4) Wenn die Befugniß zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft einem Gesellschafter bisher entzogen war, ihm aber diese Befugniß nachträglich ertheilt wird. Diesem Falle steht

5) auch der Fall gleich, wenn unter den Gesellschaftern zuerst eine Kollektivvertretung eingeführt, diese aber später entweder ganz beseitigt oder dahin modifizirt wird, daß eine andere Anzahl von Gesellschaftern als bisher zur Kollektivvertretung erforderlich sein soll. War also eine Kollektivvertretung für A und B verabredet und dieselbe wird später beseitigt, so daß nun jeder allein und selbstständig für die Gesellschaft handeln können, so ist diese Abänderung in das Register einzutragen. Stand bei einer aus drei Personen bestehenden Gesellschaft die Kollektivvertretung nur allen dreien in Gemeinschaft zu und es wird dieselbe später auf B und C beschränkt, für A aber aufgehoben, so daß nun dieser zur selbstständigen Vertretung befugt ist, oder es wird eine andere Modifikation beliebt, wie beispielsweise statt der Vertretung durch drei eine Vertretung durch je zwei der Gesellschafter oder umgekehrt, so sind diese Veränderungen ebenfalls einzutragen.

6) Wenn einem oder mehreren der Gesellschafter die Befugniß zur Vertretung nachträglich entzogen wird, sei es, daß diese Entziehung durch freiwillige Vereinbarung oder nach Maßgabe des Art. 101 durch gerichtliches Urtheil erfolgt. Diesem Falle steht

7) auch der Fall gleich, wenn nachträglich eine Kollektivvertretung verabredet wird. Diese in Art. 87 nicht speziell aufgeführte Verabredung ist ebenfalls anzumelden und einzutragen, nach dem Grundsatze, daß alle Thatsachen, welche bei Errichtung der Gesellschaft eingetragen werden

müssen, auch dann der Eintragung unterworfen sind, wenn sie erst während des Bestehens der Gesellschaft eintreten.

Nicht erwähnt ist im Artikel 87

8) auch der Fall, wenn ein Gesellschafter freiwillig oder gezwungen ausscheidet und die Gesellschaft gleichwohl nicht aufgelöst wird, weil sich die übrigen Gesellschafter für die Fortsetzung der Gesellschaft entscheiden (Art. 127, 128). Auch diese Thatsache muß in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 129).

II. Sämmtliche zu §. 1 des Artikels aufgezählten Veränderungen und Thatsachen erlangen Wirkung gegen Dritte von dem Momente ab, wo sie in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht sind. Hierbei entsteht die Frage, ob diese Wirkung eine absolute ist, ob also die Präsumtion, daß nach geschehener Eintragung und Bekanntmachung die eingetragene Veränderung der Gesellschaft jedem Dritten bekannt sein müsse, eine praesumtio juris et de jure ist, die keinen Gegenbeweis der Nichtkenntniß zuläßt. Und ob andererseits auch die Wirkung der unterlassenen Eintragung und Bekanntmachung eine absolute in dem Sinne ist, daß, wenn die Bekanntmachung unterblieben ist, jene Veränderungen und Thatsachen einem Dritten niemals entgegengestellt werden können, selbst dann nicht, wenn der Dritte die Veränderung gleichwohl gekannt hat? Nach §. 2 unseres Artikels sind beide Fragen zu verneinen.

Der §. 2 des Artikels verweist auf die Bestimmungen des Art. 25 über die Veränderungen in der Firma eines Handelsetablissements, welcher die bekannten, praktisch wichtigen Modifikationen am Prinzipe der Publizität der Handelsregister enthält. Hiernach ist in Hinsicht der aufgeworfenen beiden Fragen Folgendes zu unterscheiden:

1) Wenn die Veränderungen nicht in das Handelsregister eingetragen und nicht öffentlich bekannt gemacht sind, so können dieselben Dritten gegenüber gleichwohl dann noch geltend gemacht werden, wenn diejenigen, welche sich auf die Veränderung berufen, zugleich behaupten und beweisen, daß trotz der unterlassenen Eintragung oder Bekanntmachung die Veränderung dem Dritten bekannt war, und zwar bekannt war in demjenigen Zeitpunkte, welcher für den jedesmaligen konkreten Fall entscheidend ist. Ist also einem Gesellschafter die Vertretungsbefugniß nachträglich entzogen worden und ist diese Veränderung nicht in das Handelsregister eingetragen und nicht ordnungsmäßig bekannt gemacht worden, so würde nach der Strenge des Publizitätsprinzipes diese Veränderung Dritten gegenüber überall nicht in Betracht kommen, der in Rede stehende Gesellschafter würde nach Außen fortwährend als zur Vertretung befugt erscheinen und würde mit Dritten nach wie vor

für die Gesellschaft gültig Geschäfte abschließen können. Die Strenge dieses Prinzipes ist nun aber durch die Bestimmung des Art. 25 in der Richtung durchbrochen, daß einem Dritten gegenüber auch diejenige Kenntniß in Betracht kommt, welche derselbe auf andere Weise, als auf dem vorgeschriebenen normalen Wege des Handelsregisters erlangt hat. Hat also der in Rede stehende Gesellschafter nach der Entziehung des Vertretungsrechts noch mit Dritten für die Gesellschaft kontrahirt und die übrigen Gesellschafter wollen das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht anerkennen, so können sie dies dann, wenn sie behaupten und beweisen, daß der Dritte zur Zeit des Abschlusses des betreffenden Rechtsgeschäftes Kenntniß von der stattgehabten Entziehung gehabt habe. Diese Behauptung bedarf keiner weiteren Substanziirung und als Beweismittel sind alle prozessualisch erlaubten Beweismittel zulässig [2]). Dem Dritten steht gegen diesen Beweis der Gegenbeweis zu.

2) Wenn dagegen die Veränderungen in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht sind, so wirken dieselben ohne Weiteres gegen Dritte; es wird präsumirt, daß jeder Dritte die Veränderung seit der Eintragung und Veröffentlichung kannte, und die Gesellschafter sind eines weiteren Beweises in Betreff dieser Kenntniß überhoben. Von der Strenge dieses Prinzipes macht nun aber der Art. 25 wiederum die Ausnahme, daß dem Dritten gleichwohl noch der Beweis nachgelassen ist, daß er die in Rede stehenden Veränderungen und Thatsachen im entscheidenden Zeitpunkte weder gekannt habe, noch habe kennen müssen. Ist also in dem unter 1) aufgeführten Beispiele die Thatsache, daß einem Gesellschafter die Vertretungsbefugniß nachträglich entzogen worden, in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht, dieser Gesellschafter schließt jedoch nachher gleichwohl noch ein Geschäft für die Gesellschaft mit einem Dritten ab, so können die Gesellschafter die Anerkennung dieses Geschäftes, beziehungsweise die Haft aus demselben durch die einfache Berufung auf die erfolgte Eintragung und Veröffentlichung der stattgehabten Veränderung ablehnen. In diesem Falle steht aber dem Dritten der Beweis zu, daß trotz der erfolgten Eintragung und Bekanntmachung ihm die stattgehabte Entziehung der Vertretungsbefugniß nicht bekannt gewesen ist und daß er dieselbe auch nicht habe kennen müssen. Gegen diesen Beweis steht dann den Gesellschaftern der Gegenbeweis zu. Der Art. 25 §. 3 drückt diese Beweislast des Dritten und das Be-

---

[2]) Ueber die Natur und über die praktische Führung dieses Beweises sowie über die Beweismittel siehe die Ausführungen Bd. I S. 113—117, welche hier zur Anwendung kommen.

weisthema in den Worten aus: „soferne nicht die Umstände die Annahme begründen, daß der Dritte diese Thatsachen weder gekannt habe noch habe kennen müssen." Der Beweis muß darauf gerichtet werden, daß der Beweisführende auch bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt gleichwohl in Unkenntniß über die eingetragenen und veröffentlichten Thatsachen bleiben mußte. Bei einem Kaufmanne ist die hier in Betracht kommende Sorgfalt stets die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, bei einem Nichtkaufmanne ist dies, nach Analogie des Art. 282 des HGB. nur dann der Fall, wenn ein Geschäft in der Mitte liegt, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist [3]).

Demnach zeigen sich die Folgen der unterlassenen Eintragung hauptsächlich bei der Regelung der Beweislast: die Beweislast trifft in jedem Falle denjenigen, welcher ein Recht gegen den veröffentlichten Inhalt des Registers geltend machen will [4]).

IV. Die den Gesellschaftern unter einander und eventuell auch Dritten zustehende Klage auf Vornahme der Anmeldung der im Art. 88 erwähnten Veränderungen des Gesellschaftsvertrages richtet sich nach denselben Grundsätzen, welche rücksichtlich der Klage auf Anmeldung der Errichtung einer offenen Gesellschaft zu Art. 86 aufgestellt worden sind [5]).

Art. 88.

Die Anmeldungen (Art. 86, 87) müssen von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden. Sie sind ihrem ganzen Inhalte nach in das Handelsregister einzutragen.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Pr. Entw. Art. 92 Abs. 3. I. Entw. Art. 87 Abs. 3, Art. 89 Abs. 2. II. Entw. Art. 87. Prot. S. 982 f.

---

3) S. die Ausführungen Bd. I S. 116, welche auch rücksichtlich dieses Beweises zur Anwendung kommen.

4) Vgl. Band I S. 115 Anm. 42.

5) Vgl. S. 102 f.

I. Der Art. 88 wiederholt die allgemeine Vorschrift des Art. 19 über die Anmeldung der Firma mit besonderer Anwendung auf die Handelsgesellschaft und unter Ausdehnung auf die übrigen Thatsachen, welche der Anmeldung zum Register unterliegen.

Wie der Art. 19, so unterscheidet auch der Art. 88 zwei Akte: die Anmeldung der der Eintragung unterworfenen Thatsachen und die Zeichnung der Firma.

a) Die Anmeldung der Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft enthält die Erklärung,

1) daß die Gesellschaft aus den nach Namen, Vornamen, Stand und Wohnort der Einzelnen bestimmt anzugebenden Gesellschaftern besteht,

2) daß sie eine bestimmt anzugebende Firma führt und daß sie, d. h. die Gesellschaft als solche, im Gegensatze zum Wohnsitze der einzelnen Theilhaber an einem bestimmten Orte ihren Sitz hat. Mit der Anmeldung der Firma muß zugleich der Nachweis der Befugniß zur Führung derselben verbunden werden; dieser Nachweis wird geführt entweder durch Zeugnisse über die Vor- und Zunamen der Gesellschafter, welche Namen übrigens auch gerichtskundig sein können, oder in den Fällen der Art. 22 und 24 durch die erforderlichen Urkunden, bezüglich durch Berufung auf die bereits bestehenden Eintragungen im Handelsregister;

3) daß sie seit einem bestimmten Zeitpunkte begonnen hat; es ist jedoch zulässig, zu erklären, daß die Gesellschaft mit dem Tage der Anmeldung zum Register begonnen hat (S. 87).

Die Erklärung über diese drei Punkte muß jede Anmeldung einer neu errichteten Handelsgesellschaft enthalten. Ueber die in Ziff. 4 des Art. 86 erwähnten besonderen Verabredungen und Beschränkungen rücksichtlich der Geschäftsführung kann dagegen eine Erklärung nur dann erfolgen, wenn solche besondere Verabredungen unter den Gesellschaftern getroffen sind. Ist das Letztere nicht der Fall, sondern ist es bei der gesetzlichen Regel, wonach die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft allen Gesellschaftern individuell zusteht, verblieben, so bedarf es einer Erklärung hierüber bei der Anmeldung nicht, eine derartige Erklärung ist nicht in das Register aufzunehmen [1]).

b) Die Anmeldung einer der in Art. 87 bezeichneten Veränderungen während des Bestehens der Gesellschaft enthält die Erklärung, daß die betreffende Thatsache eingetreten sei. Mit der Erklärung über die Aenderung

---

[1]) S. die Erörterungen S. 97 f.

der Firma muß erforderlichen Falles der Nachweis der Befugniß zur Führung der neuen Firma verbunden werden [2]).

II. Verschieden von der Anmeldung ist die bei der Anmeldung von den Gesellschaftern vorzunehmende Zeichnung. Diese bezieht sich nur auf die Führung der Firma und sie besteht in der eigenhändigen Niederschreibung der Firma in der Form, in welcher dieselbe als Gesellschaftsfirma verwendet werden soll [3]).

Während die Anmeldungen von sämmtlichen Gesellschaftern zu erfolgen haben und auch mit der persönlichen Namensunterschrift aller zu versehen sind [4]), liegt dagegen die Zeichnung der Gesellschaftsfirma vor dem Handelsgerichte nach Abs. 2 unseres Artikels nur denjenigen Gesellschaftern ob, welche die Gesellschaft vertreten sollen, und ist nur mit der persönlichen Namensunterschrift dieser zu begleiten. Steht also, wie dies der Regel nach der Fall ist, die Vertretung der Gesellschaft allen Gesellschaftern individuell zu, so hat allerdings jeder einzelne die Firma vor dem Handelsgerichte zu zeichnen und seine eigene Namensunterschrift hinzuzufügen, sind aber einzelne unter den Gesellschaftern von der Vertretung ausgeschlossen, so liegt diesen nicht firmirenden Gesellschaftern auch nicht die Zeichnung, sondern nur die Anmeldung ob [5]).

III. Anmeldung und Zeichnung unterscheiden sich auch noch darin, daß die Anmeldung mündlich zu Protokoll oder durch einen Stellvertreter zu Protokoll [6]) oder schriftlich durch Einreichung in beglaubigter Form geschehen kann. Die Zeichnung dagegen kann nur persönlich zu Protokoll oder durch Einreichung in beglaubigter Form geschehen, nicht durch einen

---

[2]) Vgl. S. 109 Ziffer 2.

[3]) Handelsgesellschaften ist es nicht gestattet, die Firma auf verschiedene Weise, sei es auch nur durch eine von dem anderen Gesellschafter nicht angewendete Abkürzung zu zeichnen. Verf. des K. sächs. Justizminist. v. 29. März 1862, Siebenhaar Archiv f. D. Wechselr. Bd. XI S. 434.

[4]) Die Anmeldung einer erst neu errichteten Gesellschaft kann also nicht von den geschäftsführenden Gesellschaftern oder von einem Vorstande allein geschehen, es müssen vielmehr alle unterzeichnen. S. den Fall in Busch Archiv Bd. VIII S. 193 f.

[5]) Ueber die Form der Zeichnung bei Kollektivvertretern s. die Ausführungen S. 93 f.

[6]) Der Art. 4 des Preuß. Einf.-Ges. schreibt vor: „Geschieht die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten, so hat dieser eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht beizubringen.“ Ueber die Anmeldung durch einen Prokuristen s. Band I S. 160 Anm. 2.

Stellvertreter, mit alleiniger Ausnahme der Fälle der gesetzlichen Stellvertretung [7]).

IV. Die persönliche Zeichnung der Firma nebst der persönlichen Unterschrift des Zeichnenden vor dem Handelsgerichte sowie die Einreichung der persönlichen Zeichnung und Unterschrift in beglaubigter Form haben den Zweck, daß durch die Hinterlegung solcher authentischer Unterschriften beim Handelsgerichte die Echtheit der Unterschriften in jedem Augenblicke öffentlich durch Schriftvergleichung festgestellt werden kann. Aus diesem Grunde müssen die Vorschriften des Artikels über die persönliche Zeichnung und Unterschrift auch nicht blos bei Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft, sondern auch bei Anmeldung aller derjenigen Veränderungen der Gesellschaft zur Anwendung kommen, welche sich auf die Firma selbst oder auf die Befugniß zur Führung der Firma beziehen.

Die Zeichnung ist ein unerläßlicher Bestandtheil der Anmeldung, die Eintragung der Gesellschaft kann nicht erfolgen, so lange die erforderlichen Zeichnungen dem Gerichte nicht ordnungsmäßig vorliegen [8]).

Ist einer der zur Vertretung befugten Gesellschafter schreibensunfähig, so hat derselbe entweder seine hierauf bezügliche Erklärung persönlich vor dem Handelsgerichte abzugeben, welches diese Erklärung in die Verhandlung über die Anmeldung aufnimmt, oder er hat diese Erklärung in einer beglaubigten Urkunde bei dem Handelsgerichte einzureichen. Auf diese Weise wird für den Handelsverkehr authentisch festgestellt, daß jener Gesellschafter die Firma nicht zeichnen, also schriftliche Geschäfte unter eigenhändiger Zeichnung der Firma nicht abschließen kann; er muß den schriftlichen Abschluß von Geschäften entweder einem anderen zur Firmirung berechtigten Socius oder einem von der Gesellschaft aufzustellenden Prokuristen oder Bevollmächtigten überlassen, oder er muß die schriftlichen Verträge persönlich in öffentlich beglaubigter Form nach den gewöhnlichen Rechtsvorschriften

---

[7]) Vgl. Bd. I S. 45.

[8]) A. M. v. Kräwel Art. 88 Anm. 1, welcher die Zeichnung nur für wünschenswerth, nicht für nothwendig erklärt und die Eintragung und Bekanntmachung deshalb nicht ausgesetzt sehen will. Allein auch die preuß. Instruktion über die Führung der HRegister verfügt in §. 54 ausdrücklich: „die Eintragung der Gesellschaft darf erst geschehen, nachdem die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, die Firma der Gesellschaft nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Gerichte gezeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht haben."

über die Rechtsgeschäfte der Schreibensunfähigen abschließen [9]). Am mündlichen (und stillschweigenden) Abschlusse von Geschäften ist ein solcher Gesellschafter nicht gehindert. Bei jener gerichtlichen oder beglaubigten Erklärung hat es aber auch sein Bewenden; denn das Erforderniß der Schreibenskunde oder Schreibensfähigkeit ist nirgends im HGB. oder auch nur im älteren Handelsrechte als ein Erforderniß zum Betriebe eines kaufmännischen Geschäftes aufgestellt [10]), auch würde die Einführung einer derartigen Vorschrift mit dem Prinzipe des HGB. (Art. 85), daß eine offene Handelsgesellschaft auch mündlich und stillschweigend abgeschlossen werden kann, unvereinbar sein.

Wird die Unfähigkeit oder Verhinderung eines Gesellschafters zur Zeichnung der Firma später gehoben, so kann die Zeichnung vor dem Handelsgerichte nachträglich erfolgen [11]); letzteres hat dies von Amtswegen anzuordnen, wenn der Gesellschafter später im Verkehre thatsächlich die Firma zeichnet.

V. Beglaubigte Form.

Ueber die Form der Beglaubigung entscheiden die Landesgesetze. Da vom Gesetze nur eine Beglaubigung (Legalisirung) verlangt ist, so genügt eine einfache Rekognitionsverhandlung vor einem Notare und es ist die Aufnahme einer förmlichen Notariatsurkunde über den Akt der Zeichnung nicht erforderlich [12]). Bei der Zeichnung der Firma ist es aber immer nur die persönliche Zeichnung und Unterschrift, welche beglaubigt werden muß, der Gesellschafter kann diese Zeichnung nicht durch einen Bevollmächtigten vornehmen lassen.

VI. Eintragung des ganzen Inhaltes der Anmeldung.

Aus den Worten des Artikels „ihrem ganzen Inhalte nach" folgt

1) nicht, daß Alles wörtlich so, wie es die Parteien vorbringen, in das Register einzutragen sei, sondern der Richter hat die vorgebrachten

---

[9]) Preuß. Landrecht I 5 §. 171 f. und Anhang §. 5, K. O. v. 20. Juni 1816 (Nachtrag zum A. LR. Amtl. Ausg. S. 37.)

[10]) Vgl. Band I S. 165 und 166 und die dort angeführten gerichtlichen Erkenntnisse. Der schreibensunfähige Kaufmann ist auch für die Buchführung in seinem Geschäfte verantwortlich, die Strafvorschriften treffen nicht blos den bösen Willen sondern auch die Fahrlässigkeit. Erk. des preuß. OTrib. v. 10. Mai 1867 in Goltdammer, Zeitschr. f. preuß. Strafr. Bd. XV S. 393.

[11]) Vgl. Centralorgan 1863 S. 115.

[12]) Vgl. Band I S. 166, 167.

Thatsachen und die von den Parteien gewählten Ausdrücke rechtlich zu beurtheilen und zu qualifiziren. Ferner aber folgt daraus auch

2) nicht, daß alles Dasjenige, was die Parteien rücksichtlich der Gesellschaft dem Handelsrichter vortragen, auch eingetragen werden müßte. Vielmehr ist nach der allgemeinen Bestimmung über die Handelsregister in Art. 12 des HGB. Abs. 1 unter demjenigen Inhalte, welcher ganz eingetragen werden soll, nur der gesetzliche Inhalt der Anmeldungen zu verstehen, d. h. die Erklärungen der Parteien über die durch Art. 86 und 87 der Eintragung unterworfenen Punkte. Alles Weitere gehört nicht zum gesetzlichen Inhalte und folgerecht nicht zur Sache; der Richter hat Erklärungen dieser Art nicht in die Verhandlung aufzunehmen, jedenfalls aber sind dieselben bei der Eintragung wegzulassen [13]).

3) Ferner kann der ganze Inhalt der Anmeldungen auch dann nicht eingetragen werden, wenn sich aus denselben ergibt, daß die Parteien über die einzutragenden Thatsachen nicht einig sind. Folgende Fälle können hier als Beispiele dienen. A meldet an, daß B sein offener Gesellschafter sei, während B nur Kommanditist zu sein behauptet; oder umgekehrt, A meldet an, daß B sein Kommanditist sei, während B offener Socius zu sein behauptet [14]); A will bei der Anmeldung die Firma zeichnen, während B behauptet, daß A nicht firmiren dürfe. Sind die Thatsachen bestritten, und sie können dies unter Umständen auch durch Intervention Dritter werden [15]), so ist die Eintragung bis zur Entscheidung der streitigen Punkte im Prozeßwege oder bis zur Einigung der Parteien auszusetzen. Das Handelsregister hat keinen Raum für die Eintragung von Protestationen und Reservationen, und auch hierdurch wie überhaupt durch die engere und strikte Begrenzung des Inhaltes unterscheidet sich das Handelsregister vom Hypothekenbuche. Namentlich kann auch die einzutragende Thatsache nicht als eine „streitige" in das Register eingetragen und veröffentlicht werden [16]).

Will man hierin eine Lücke des Gesetzbuches erblicken, so steht doch unzweifelhaft fest, daß diese vermeintliche Lücke vom Richter nicht willkürlich ausgefüllt werden kann, sondern nur unter Anwendung bestehender Rechts-

---

13) S. die Erläuterungen zu Art. 86, S. 98 f.

14) Dieser Fall liegt den gerichtlichen Entscheidungen in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheid. in Bayern Bd. II S. 231 Nr. 102 zu Grunde.

15) Z. B. wenn der von den Gesellschaftern bei der Anmeldung produzirte Kaufvertrag über die Gesellschaftsfirma von den Erben oder Miterben des Verkäufers angefochten wird.

16) Vgl. über diese Frage auch die Erörterungen Band I S. 103—105.

vorschriften. Als solche sind aber für die vorliegende Frage die prozessualischen Regeln über die provisorischen Verfügungen im Civilprozesse zu bezeichnen, deren Anwendung auf streitige Fälle der hier besprochenen Art vollkommen zulässig erscheint, jedoch in der gerichtlichen Praxis bis jetzt noch wenig ausgebildet ist.

Zweck dieses Provisoriums (Interimistikums) ist aber nicht die Eintragung der unter den Parteien streitigen Thatsache als einer streitigen [17]), sondern als einer nichtstreitigen; die Eintragung erfolgt zwar nur auf Grund einer provisorischen und darum wieder aufhebbaren Verfügung, aber sie erfolgt in derselben Form wie jede andere Eintragung und hat Dritten gegenüber dieselbe Wirkung. Solche provisorische Verfügungen, auf Grund deren eine Eintragung in das Handelsregister bei streitigen Rechtsverhältnissen auf Antrag einer Partei erfolgen soll, richten sich nach den Prozeßgesetzen der einzelnen Länder. Gemeinrechtlich kommt auch hier der allgemeine Grundsatz zur Anwendung, daß auf Antrag einer Partei, also hier eines Gesellschafters oder aller Gesellschafter, die Eintragung einer streitigen Thatsache in das Handelsregister durch eine provisorische Verfügung dann gestattet werden darf und zwar ohne jedes Präjudiz für die Entscheidung der Hauptsache, wenn dem Antragsteller (Impetranten) durch die Unterlassung der Eintragung bis zur Entscheidung eines Rechtsstreites ein nicht leicht ersetzlicher Schaden bevorsteht, welcher nur durch die richterliche Anordung der Eintragung vor Ablauf des Rechtsstreites abgewendet werden kann. Und es ist hierbei für die praktische Anwendung dieses Satzes noch besonders daran zu erinnern, daß unter den Fällen, welche zum Erlasse provisorischer Verfügungen in Civilsachen geeignet sind, von der älteren Theorie und Praxis die Erbschaftsstreitigkeiten und Gewerbestreitigkeiten besonders hervorgehoben werden. Im Uebrigen muß hier auf das Prozeßrecht verwiesen werden, welches namentlich auch in der Richtung zur Anwendung zu bringen ist, daß derjenige, zu dessen Gunsten die provisorische Eintragung in das Register verfügt wird, nach Umständen zur Leistung einer hinreichenden Kaution angehalten werden kann [18]).

---

[17]) Provisorische Einträge in diesem Sinne sind schon in Band I S. 105 als unzulässig bezeichnet worden.

[18]) v. Gönner, Handbuch des deutschen gem. Prozesses Band IV §. 79, 80. Puchta in Linde's Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß B. V S. 107 f. Linde, Lehrbuch des deutsch. gem. Civilprozesses §. 334. Heffter, preußischer Civilprozeß §. 256.

Art. 89.

Das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Befolgung der vorstehenden Anordnungen (Art. 86 bis 88) von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

I. Ent. Art. 89, Abs. 1. II. Entw. Art. 88. Prot. S. 983.

I. Das Handelsgericht hat die Betheiligten lediglich zur Befolgung der in den Art. 86 bis 88 (beziehungsweise in den Art. 19, 21, 25) enthaltenen Vorschriften anzuhalten, d. h. es soll im Disziplinarwege die Beobachtung der Formvorschriften des HGB. erzwingen können. Das Handelsgericht kann demnach immer nur das Gebot erlassen, daß die in glaubhafter Weise zu seiner Kunde gelangten Thatsachen von den Gesellschaftern behufs der Eintragung angemeldet werden, nicht aber kann es damit das alternative Verbot verknüpfen, die betreffende Thatsache entweder abzustellen oder sie anzumelden. Besteht also eine offene Handelsgesellschaft, ohne eingetragen zu sein, so kann der gerichtliche Befehl nur auf Eintragung lauten, nicht aber alternativ auf Eintragung oder Wiederauflösung der Gesellschaft. Würde von den Gesellschaftern der Einwand erhoben, daß die Gesellschaft bereits wieder aufgelöst sei oder daß sie demnächst oder sofort wieder aufgelöst werden solle, so würden die Gesellschafter mit diesem Einwande nicht zu hören sein; sie würden unter allen Umständen zur Anmeldung der Gesellschaft angehalten werden müssen und es würde dann Sache der Betheiligten sein, demnächst die Auflösung anzumelden, wozu sie nach Art. 129 des HGB. ebenfalls durch Ordnungsstrafe gezwungen werden können [1]). Gleiches gilt rücksichtlich der übrigen in den Art. 86 und 87 vorgeschriebenen Eintragungen.

II. Nur gegen die Betheiligten sind die Ordnungsstrafen auszusprechen, betheiligt sind hier aber nur diejenigen unter den Gesellschaftern, welche hinsichlich der Anmeldung überhaupt oder hinsichtlich eines mit der Anmeldung verbundenen Schrittes (Zeichnung der Firma, Beibringung von Urkunden u. s. w.) im Verzuge sind. Die Gesellschaft als solche unter ihrer Firma, kann also nur dann in Strafe genommen werden, wenn sämmtliche Gesellschafter im Verzuge sind. Ist dagegen die Anmeldung von Seiten

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 26 Bd. I S. 206 208, und zu Art. 19 Band I S. 162, 163.

des einen Gesellschafters erfolgt, während der andere säumig ist oder sich weigert, so kann nur der letztere in Strafe genommen werden.

III. Die Höhe der Ordnungsstrafen und das Verfahren ist durch die Einführungsgesetze bestimmt. Nach dem preußischen Einf.-Gesetze Art. 5—7 besteht die Ordnungsstrafe in einer Geldbuße von 5 bis 200 Thlr., eine Umwandlung in Gefängnißstrafe findet nicht statt; nach dem bayerischen Einf.-Gesetze Art. 10 ff. besteht die Ordnungsstrafe in einer Geldbuße bis zu 300 fl.

IV. Verschieden von dem disziplinären Einschreiten des Handelsgerichtes auf Grund des Art. 89 ist das Einschreiten desselben Gerichtes auf Grund des Art. 26 Abs. 2 und der Erlaß eines gerichtlichen Verbotes, wenn eine Handelsgesellschaft eine ihr nicht zustehende Firma führt.

Verschieden hiervon ist ferner auch die jedem Gesellschafter gegen den anderen zustehende Civilklage, wenn ein Mitgesellschafter sich weigert die Anmeldung vorzunehmen, sowie auch die unter Umständen einem Dritten zustehende Civilklage gegen die Gesellschaft oder gegen einen einzelnen Gesellschafter auf Vornahme der Anmeldung, über welche Klage die Erläuterungen zu Art. 86 §. VII (S. 102) zu vergleichen sind.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander.

Art. 90.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage.

Soweit über die in den nachfolgenden Artikeln dieses Abschnittes berührten Punkte keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die Bestimmungen dieser Artikel zur Anwendung.

Pr. Entw. Art. 113. — II. Entw. Art. 89. — Prot. S. 207. 271 f. 983 f. 1000.

I. Das Gesetzbuch unterscheidet das Rechtsverhältniß der offenen Handelsgesellschaft nach Innen (II. Abschnitt) von dem Rechtsverhältnisse derselben nach Außen (III. Abschnitt). Diese Unterscheidung, welche eine durchgreifende Regel für die Beurtheilung handelsrechtlicher Verhältnisse überhaupt bildet [1]), ist, wie für die Prokura, so auch für die rechtliche Stellung der Theilhaber einer Handelsgesellschaft von besonderer Wichtigkeit. Eine Reihe von Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages können im Verhältnisse nach Innen, also im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander gültig sein und bestimmte Rechtswirkungen hervorbringen, während sie nach Außen d. h. im Verhältnisse der Gesellschaft zu Dritten unwirksam sind, entweder weil sie nicht in das Handelsregister eingetragen sind oder weil sie gar nicht eingetragen und Dritten überhaupt nicht entgegengesetzt werden können [2]). So können vertragsmäßige Beschränkungen hinsichtlich des Um-

---

[1]) Vgl. Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Actien-Streit, §. 2 S. 17.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 99 bis 104 und zu Art. 105.

fanges der Geschäftsführung der einzelnen Gesellschafter nach Innen vollkommen bindend sein und können theils denjenigen Gesellschafter, welcher sie übertritt, zum Schadenersatze gegen die Gesellschaft verpflichten, theils auch die Auflösung der Gesellschaft nach sich ziehen, während sie nach Außen keine rechtliche Wirkung haben. So besteht ferner die solidarische Haft der Gesellschafter Dritten gegenüber in absoluter Weise (Art. 112), während im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander sich die Haft für die Gesellschaftsschulden nach den vertragsmäßigen Bestimmungen über die Antheile am Verluste richtet (Art. 109) und durch solche besondere Bestimmungen sogar die Wirkung hervorgebracht werden kann, daß die Gesellschaft nach Innen die Natur der Kommandit- oder Aktiengesellschaft besitzt, während sie nach Außen offene Gesellschaft bleibt[3]).

Der Rechtssatz, daß das Auftreten nach Außen entscheidet, gilt auch in der Richtung, daß derjenige, welcher sich Dritten gegenüber als Gesellschafter gerirt ohne Gesellschafter zu sein, den Dritten auch wie ein Gesellschafter haftet[4]). Dieses Prinzip, welches auch dem Art. 55 des HGB. zu Grunde liegt, ist nicht auf das Verhältniß des Prokuristen allein beschränkt.

II. Nach der Vorschrift dieses Artikels sind die sämmtlichen Bestimmungen dieses Abschnittes nur subsidiärer Natur, dieselben können durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Indeß werden sich solche vertragsmäßige Abänderungen immer nur auf einzelne bestimmte Punkte beziehen, denn es läßt sich nicht verkennen, daß der Inhalt dieses Abschnittes kein willkürlicher, sondern daß derselbe im Ganzen der kaufmännischen Uebung entnommen ist und mit den kaufmännischen Anschauungen übereinstimmt. Selbst wenn aber der Gesellschaftsvertrag noch so ausführlich ist, werden die Bestimmungen dieses Abschnittes immer noch zur Ergänzung und Auslegung desselben dienen können.

---

[3]) Als Gesellschaft und zwar als Handelsgesellschaft muß das Rechtsverhältniß der Kontrahenten jedoch immer noch zu erkennen sein, sonst ist der Vertrag als Gesellschaftsvertrag nichtig. Vgl. die Erläuterungen zu Art. 109 (societas leonina); v. Hahn Art. 90 §. 2. Deshalb ist es zweifelhaft, ob der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft nach Innen die Bestimmungen über die stille Gesellschaft (Art. 250 f.) unverändert einführen kann, da die stille Gesellschaft des HGB's überall keine Handelsgesellschaft ist, vgl. namentlich Art. 251 mit Art. 85.

[4]) Erk. des O. A. Ger. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. II S. 288 u. Bd. III S. 197. S. auch die Erläuterungen zu Art. 100 §. I, 4.

III. Die Bestimmungen dieses Abschnittes lassen sich nach den Gegenständen, auf welche sich dieselben beziehen, folgendermaßen eintheilen:

1) Bestimmungen über das Gesellschaftsvermögen und über die Einlagen der Gesellschafter. Art. 91, 92, 95, 108.

2) Rechte und Pflichten der Gesellschafter in Betreff der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft. Art. 93—105.

3) Vertheilung von Gewinn und Verlust, sowie der Zinsen der Einlagen. Art. 106—109.

Ein vierter, nicht minder wesentlicher Bestandtheil des Gesellschaftsvertrages, die Zeitdauer der Gesellschaft, ist nicht in diesem, sondern im IV. Abschnitte dieses Titels, Art. 123, Nr. 6 und Art. 124—128 abgehandelt.

IV. An die Bestimmung des Abs. 2 des Artikels knüpft sich die Frage, ob nur die Bestimmungen dieses zweiten Abschnittes durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden können, nicht auch die Bestimmungen der übrigen Abschnitte. Allerdings ist dem Wortlaute des Absatzes nach und vermittelst des Argumentes e contrario die subsidiäre Natur nur hinsichtlich der Bestimmungen „dieser Artikel", d. h. nur für die Artikel des II. Abschnittes ausgesprochen. Bei den Berathungen wurde aber ausdrücklich anerkannt, daß durch die Fassung des Abs. 2 des Artikels die vertragsmäßige Abänderung auch noch anderer Bestimmungen dieses Titels keineswegs ausgeschlossen sei[5]), und es ist demnach diese Frage eine offene geblieben. Der Richter hat vorkommenden Falles in Betreff jeder einzelnen Bestimmung zu prüfen, ob dieselbe nach ihrem Inhalte und ihrer Stellung im Gesellschaftsrechte zum s. g. jus cogens oder zum jus dispositivum gehört.

Diese richterliche Prüfung ist freilich dadurch sehr erleichtert, daß bei einzelnen wichtigen Artikeln, welche sich auf das Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten beziehen, die Abänderung derselben Dritten gegenüber ausdrücklich ausgeschlossen ist.

V. Für die Klagen eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft, welche aus dem Gesellschaftsvertrage und subsidiär aus den Bestimmungen dieses Abschnittes entstehen, hat die Gesellschaft ihren Gerichtsstand bei demjenigen Handelsgerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat (Art. 111). Die Einführungsgesetze haben die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft rücksichtlich der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages sowohl während des Bestehens als nach Auflösung der Gesellschaft ausdrücklich für Handelssachen erklärt[6]).

---

[5]) Protok. S. 272 f.

[6]) Preuß. Einf.-Ges. Art. 2 Ziffer 2. Bayer. Einf.-Ges. Art. 63 Ziff. 5; vgl. Lutz Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 179.

In den Gesellschaftsverträgen, und zwar bei sämmtlichen Arten der Handelsgesellschaften, findet sich nicht selten die Bestimmung, daß über Streitigkeiten unter den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage nicht die ordentlichen Gerichte sondern ein Schiedsgericht entscheiden soll, über dessen Zusammensetzung der Gesellschaftsvertrag in der Regel nähere Festsetzungen enthält[7]). Die Zulässigkeit solcher vertragsmäßigen Bestimmungen ist unbestreitbar, doch sind dieselben nur unter denselben Voraussetzungen gültig, welche die Landesgesetze für die Gültigkeit der Verträge über schiedsrichterliche Entscheidungen (Kompromisse) überhaupt aufstellen und ebenso richtet sich das Verfahren nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren vor Schiedsrichtern[8]).

Verschieden von solchen vertragsmäßigen Schiedsgerichten war die Bestimmung des französischen Handelsrechtes, daß alle Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft nothwendig vor Schiedsrichtern verhandelt und entschieden werden mußten (Code de c. Art. 51—63, arbitrage forcé). Diese Bestimmung hat in denjenigen deutschen Provinzen, in welchen der Code de commerce galt und theilweise noch gilt (3. und 4. Buch des Code de c.), mit der Einführung des A. D. HGB. ihre Gel-

---

7) Diese Kompromißklausel ist alten Ursprunges. Vgl. J. J. Beck, vollständiges Formular, 5. Aufl. (Frankfurt u. Leipzig 1750) S. 611. „Letztens und zum Zehenden, wann einige Differenz oder Mißverständniß auf Seiten ein oder des andern Handels-Compagnon sich ereignen sollten, so soll ein jeder Theil einen unparteiischen verständigen Handelsmann zu sich nehmen, die Differenz beiderseits gegeneinander fein klar und lauter an Tag geben und ihnen beiden vortragen, und was alsdann ermeldte beide unparteiische Handelsmänner für gut erkennen werden, demselben soll ein jeder Theil, ohne einige fernere Disputation nachkommen und kein Theil Macht haben, den andern deswegen bei Obrigkeit zu beklagen oder mit weitschweifigen Prozessen zu beschweren, bei Pön 1000 Reichsthaler." Hier fehlt die Bestimmung über den Obmann, welcher im Falle der Meinungsverschiedenheit der Schiedsrichter den Ausschlag zu geben hat.

8) Ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit ist, daß die Person der Schiedsrichter hinlänglich bezeichnet sei und daß für den Fall, wenn die eine oder andere Partei sich der Ernennung eines Schiedsrichters nicht unterzieht, das Recht der Ernennung vertragsmäßig auf ein anderes Organ im Voraus übertragen sein muß. Erk. des Ober-Trib. zu Berlin v. 8. October 1863 in Busch' Archiv Bd. V S. 251 (Entscheidungen des K. Ober-Trib. Bd. 51 S. 351) und im Erk. angeführte Literatur.

tung verloren, dieselbe ist aber auch in Frankreich durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben worden [9]).

Art. 91.

Wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen, oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zwecke der Gewinnvertheilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft.

Im Zweifel wird angenommen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämmtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigenthum der Gesellschaft geworden sind.

Pr. Entw. Art. 96 I. Entw. Art. 90. II. Entw. Art. 90.
Prot. S. 175—178. 984.

---

[9]) Franz. Gesetz v. 17. Juli 1856 Art. 1: Les articles 51 à 63 du Code de c. sont abrogés. Die jetzt aufgehobenen Bestimmungen waren in Frankreich von jeher Gegenstand mannichfacher Beschwerden Seitens des Handelsstandes. So wenig man in Abrede stellen kann, daß freiwillig vereinbarte Schiedsgerichte unter Umständen großen Nutzen gewähren, obgleich nach erfolgter allgemeiner Einführung der Handelsgerichte dieser Nutzen erheblich verringert werden wird, so sehr muß man sich gegen jeden Zwang in dieser Beziehung erklären. Der einzige Umstand, auf welchen bei diesem Zwange theilweise noch Werth gelegt wurde, war der damit verbundene Ausschluß der Oeffentlichkeit bei Streitigkeiten unter Gesellschaftern; dieses Motiv ist jedoch nicht so stark, um zu einer Ausnahmebestimmung zu berechtigen und es wurde bei der Diskussion des Ges. vom 17. Juli 1856 im Betreffe des Ausschlusses der Oeffentlichkeit der Verhandlungen auf die allgemeinen Bestimmungen der Prozeßordnung verwiesen. Die französische Literatur ist sehr reich an Abhandlungen über die Nachtheile der früheren Zustände. Vgl. Pradier-Fodéré, Précis du droit commercial, 2. Aufl., p. 181 f. und das Exposé des motifs zu dem Gesetze von 1856.

I. Verbrauchbare oder vertretbare Sachen.

Die Vermögenseinlagen der Gesellschafter können der verschiedensten Art sein. Werden Sachen eingebracht, so sind hauptsächlich zwei Fälle zu unterscheiden. Ein Gegenstand kann an die Gesellschaft entweder zu Eigenthum oder aber nur zur Benutzung übertragen werden[1]). Ob das Eine oder das Andere stattfinde, darüber entscheidet zunächst die Erklärung desjenigen Gesellschafters, welcher den Gegenstand eingebracht hat, sei es, daß diese Erklärung einen Theil des Gesellschaftsvertrages bildet oder nicht. Der Art. 91 stellt jedoch bestimmte Präsumtionen auf, welche in Ermangelung solcher Erklärungen und Vorbehalte zur Anwendung kommen. Eine weitere Bedeutung haben die Bestimmungen des Art. 91 nicht; denn im Uebrigen ist die Frage, ob ein Gegenstand in das Eigenthum der Gesellschaft übergegangen oder ihr nur zum Gebrauche überlassen (tradirt) worden sei, in jedem einzelnen Falle nach den Umständen, namentlich auch nach dem Zwecke der Gesellschaft zu beurtheilen[2]).

Diese gesetzlichen Präsumtionen sind folgende:

1) Zunächst wird unterschieden zwischen verbrauchbaren oder vertretbaren und zwischen nicht verbrauchbaren oder nicht vertretbaren Gegenständen. Bringt ein Gesellschafter vertretbare oder verbrauchbare Sachen in die Gesellschaft ein, so wird angenommen, daß sie in das Eigenthum der Gesellschaft übergehen[3]). Bei den verbrauchbaren Sachen, und dies können immer nur bewegliche sein, folgt dies aus ihrer physischen Eigenschaft, denn der bestimmungsmäßige Gebrauch und der gewöhnliche Nutzen derselben besteht in der Konsumtion, in der Zerstörung ihrer körperlichen Individualität. Auch der Umstand kann hier noch hinzu kommen, daß die eingebrachten verbrauchbaren Sachen als Handelsartikel der Gesellschaft eingebracht werden, also zum Zwecke der Veräußerung. Nicht erforderlich ist, daß die Zerstörung der Sache schon durch einen einmaligen Gebrauch erfolgt, denn auch dann ist eine Sache verbrauchbar, wenn sie nicht gebraucht werden kann, ohne daß sich ihre Substanz wesentlich verringert[4]). Aber andererseits gehören zu

---

[1]) Societas quoad sortem und societas quoad usum. v. Vangerow, Pandekten §. 651, Anm. 2.

[2]) Motive zum Pr. Entw. S. 53.

[3]) v. Vangerow a. a. O.

[4]) Unger, österreichisches Privatr. B. I S. 49.

den verbrauchbaren Sachen nicht auch diejenigen, welche blos abnutzbar sind, d. h. abnutzbar ohne eine sofortige merkliche Verringerung der Substanz [5]).

Baares Geld ist nicht im gewöhnlichen Sinne verbrauchbar, sondern nur insofern als es dazu bestimmt ist ausgegeben d. h. veräußert zu werden; es kann nicht als Tauschmittel gebraucht werden, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen [6]), in dieser Hinsicht steht es den verbrauchbaren Sachen gleich [7]).

Vertretbar sind diejenigen Sachen, welche für den Verkehr nicht nach ihrer Individualität sondern nur nach der Gattung, zu der sie gehören, in Betracht kommen. Aus diesem Grunde nennt man sie auch Gattungssachen oder, weil bei ihnen in jedem einzelnen Falle die Quantität näher bezeichnet werden muß, Quantitätssachen [8]). Der gebräuchlichste Ausdruck ist der ältere Ausdruck fungible Sachen. Die verbrauchbaren Sachen werden vom Verkehre regelmäßig auch als vertretbare behandelt, nicht aber umgekehrt. Dies kann besonders wichtig werden im Handelsrechte. Wer Weinvorräthe in ein Weingeschäft, wer Getreidevorräthe in ein Getreidegeschäft einbringt, bringt dieselben als vertretbare, nicht als verbrauchbare Sachen ein.

Ob eine Sache verbrauchbar oder unverbrauchbar sei, wird durch die natürlichen Eigenschaften derselben bestimmt; ob dagegen eine Sache zu den vertretbaren oder zu den unvertretbaren gehöre, bestimmt sich nicht immer blos nach den natürlichen Eigenschaften derselben. Grundstücke gehören ihrer Natur nach nicht zu den verbrauchbaren Sachen, regelmäßig auch nicht zu den vertretbaren, da sie nach dem A. D. HGB. kein Handelsartikel sein können (Art. 275).

---

[5]) Z. B. Kleider und Möbeln. Vgl. Unger a. a. O.

[6]) Windscheid a. a. O. Anm. 3.

[7]) Geld wird konsumirt, indem es ausgegeben wird; vgl. L. 13 §. D. de R. cred. XII, 1: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris quam eos consumpseris. Allerdings kann sich das Geld durch den Gebrauch auch abnutzen, an diese Abnutzbarkeit wird aber im Rechte nicht gedacht, wenn dasselbe zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet wird, und so ist auch die Stelle §. 2 J. de usufr. II, 4: quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur, nicht auf die Abnutzung sondern auf das Ausgeben des Geldes zu beziehen.

[8]) S. das Nähere bei Windscheid a. a. O. §. 142. Jhering Jahrb. f. Dogmatik Bd. IV S. 400 f.

Eine Sache kann ferner im gewöhnlichen Verkehre regelmäßig zu den unvertretbaren gehören, während sie für den Handelsverkehr und bei der Einwerfung in eine Handelsgesellschaft als vertretbare in Betracht kommt und umgekehrt. So gehören Oelgemälde und andere Kunstgegenstände regelmäßig zu den unvertretbaren Sachen; werden dieselben aber als Einlage in eine Handelsgesellschaft eingebracht, deren Zweck der Gemäldehandel ist, so wird es sich fragen, ob sie nicht als vertretbare Sachen, als Waaren der Gesellschaft in Betracht kommen. Und umgekehrt, während Geldstücke vertretbare Sachen sind, kann eine seltene Münze oder eine Münzsammlung als unvertretbar in die Gesellschaft eingebracht werden, wenn sie der letzteren etwa blos zur Benutzung zum Behufe der Schaustellung überlassen wird [9]).

Die Parteien können also diese Begriffe für ihre konkreten Zwecke abändern, aber sie müssen die Abänderung aussprechen, um sich gegenüber der Präsumtion des Artikels sicher zu stellen. Die Präsumtion beruht darauf, daß es sich bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle bestimmungsgemäß in der That nicht um eine Rückgabe in specie handelt, weil die Gesellschaft, wenn sie solche Sachen benutzen und gebrauchen soll, in der Regel auch Eigenthümerin derselben werden muß [10]).

2) Anders verhält es sich, wenn ein Gesellschafter unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen in die Gesellschaft einbringt. Hier entsteht aus dem Einbringen für sich allein noch keine Vermuthung zu Gunsten des Ueberganges in das Eigenthum der Gesellschaft, weil die Benutzung solcher Sachen durch die Gesellschaft auch unbeschadet des Eigenthumsrechtes möglich ist [11]). Vielmehr müssen besondere Umstände hinzukommen, wenn diese Vermuthung Platz greifen soll.

Als solche begleitende Umstände hebt der Art. 91 speziell hervor: das Einbringen eines Gegenstandes nach einer Schätzung in Geld und die Ein-

---

[9]) Vgl. L. 3 §. 6 D. Commodati vel c. XIII, 6: Non potest commodari id quod usu consumitur nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Die Schaustellung kann auch in der Absicht geschehen, um den Credit der Gesellschaft zu erhöhen (Geld in der Casse, Waaren im Magazine der Gesellschaft), aber die Parteien müssen sich hier durch ausdrückliche Vorbehalte sichern; vgl. v. Hahn Art. 91 Anm. 1.

[10]) Es ist dieselbe Präsumtion, kraft deren an verbrauchbaren Sachen sowohl das Commodat als der eigentliche Nießbrauch ausgeschlossen ist.

[11]) v. Vangerow a. a. O. Es gilt dies namentlich auch von Fabrikgebäuden und von Geschäftshäusern.

tragung eines Gegenstandes in das Gesellschaftsinventar. Auch diese Aufzählung ist nicht restriktiv auszulegen; der Wille des Gesellschafters, das Eigenthum eines Gegenstandes an die Gesellschaft zu übertragen, kann auch aus anderen Umständen hervorgehen, namentlich ist es nicht erforderlich, daß bei der Ueberlassung des Eigenthumes eine Schätzung stattgefunden hat, der Geldwerth des Gegenstandes kann auch nachträglich ermittelt werden (Art. 143 Abs. 2).

Fehlt es an solchen begleitenden Umständen, so streitet bei unverbrauchbaren und unvertretbaren Sachen die Vermuthung dafür, daß durch das Einbringen nur die Benutzung derselben, nicht auch das Eigenthum, an die Gesellschaft übertragen ist. Sind es dagegen verbrauchbare oder vertretbare Sachen, so folgt aus solchen begleitenden Umständen beim Einbringen derselben nur noch eine weitere Verstärkung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes.

II. Einbringen eines Gegenstandes nach einer Schätzung.

Eine Präsumtion anderer Art, welche zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes spricht, knüpft daran an, daß ein in die Gesellschaft eingebrachter Gegenstand unter gegenseitiger Zustimmung der Gesellschafter in Geld abgeschätzt wird. In diesem Falle wird angenommen, daß der Gesellschafter sich bei Auflösung der Gesellschaft nur die Rückforderung des abgeschätzten Werthes vorbehalten, das Eigenthum selbst aber an die Gesellschaft übertragen habe; der Gesellschafter erscheint alsdann nach juristischen wie nach wirthschaftlichen Begriffen nur mit einer der abgeschätzten Summe entsprechenden Geldeinlage betheiligt[12]). Allein nicht jede Schätzung begründet

---

[12]) Es entsprach daher vollkommen der Natur der Sache, wenn Bayern zum Art. 90 des II. Entwurfes folgenden Zusatz beantragte, der aber von Bayern selbst vor der dritten Lesung zurückgezogen wurde und deshalb nicht zur Berathung kam (Protok. IX Theil, Zusammenstellung S. 20 u. 92):

> Dasjenige, was von einem Gesellschafter an Geld oder Geldeswerth eingebracht worden ist, bildet seine Einlage, und das Verhältniß dieser Einlage zu dem Gesammtvermögen der Gesellschaft bildet seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen.

In Verbindung mit dieser dem Handelsgesetzbuche in der That zu Grunde liegenden Anschauung steht auch das Erk. des Rhein. Appellat.-Gerichtshofes zu Köln v. 31. Juli 1862 (Centralorgan I. Bd. S. 214), in welchem der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Rechte eines Gesellschafters an den von der Gesellschaft erworbenen Immobilien zu den Mobiliarrechten ge-

eine Vermuthung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes, sondern nur diejenige Schätzung, welche nicht blos zum Zwecke der Gewinnvertheilung geschieht.

Demnach findet hier dieselbe Unterscheidung Anwendung, welche das Civilrecht rücksichtlich der Abschätzung der Dos aufstellt, die bekannte Unterscheidung zwischen der aestimatio venditionis gratia und der aestimatio taxationis gratia [13]). Wird ein Grundstück oder ein anderer unvertretbarer Gegenstand in die Gesellschaft eingebracht und dabei in Geld abgeschätzt, so fragt es sich, was mit dieser Abschätzung bezweckt wird. Es kann bezweckt sein, daß der inferirende Gesellschafter bei eintretender Liquidation der Gesellschaft nur die durch die Schätzung bestimmte Geldsumme erhalten soll und erhalten will, nicht den Gegenstand in natura (Art. 143); in diesem Falle wird die Gesellschaft Eigenthümerin des Gegenstandes [14]). Besteht dagegen der Zweck der Schätzung nur darin, daß der gegenwärtige Werth des Gegenstandes

---

hören, sie bilden einen Bestandtheil des ganzen Antheilsrechtes am Gesellschaftsvermögen und dieses ist ein Recht auf Geldeswerth.

[13]) Arndts, Pandekten §. 398. Windscheid, Pandekten §. 494 Anm. 11. — Das preuß. Landrecht beschränkt bei der gewöhnlichen Gesellschaft die aus der Schätzung entspringende Vermuthung auf Mobilien; Pr. Landr. I, 17, §. 201: „Mobilien und Effecten, welche nach einer gewissen Taxe der Gesellschaft überliefert werden, werden ebenfalls ein gemeinschaftliches Eigenthum derselben;" §. 202: „Sind Grundstücke ohne Zuschreibung und Mobilien ohne Taxe der Societät überlassen, so wird vermuthet, daß sie derselben blos zum Gebrauche überlassen sind." Diese Unterscheidung findet nach Art. 91 des HGB. bei Handelsgesellschaften nicht statt. Auch das französische Recht macht bei der Einwerfung nach einer Schätzung keinen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien, weil der Schlußsatz des Art. 1851 des Code civil ganz allgemein dahin lautet: Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation. Zachariä, franz. Civilrecht III §. 385, Troplong, Contrat des sociétés Nr. 596.

[14]) Quia aestimatio venditio est, L. 10 §. 5 D. de jure dot. XXIII, 3. Aber auch bei der Dos nimmt das römische Recht bei einer solchen Schätzung keinen reinen Kauf an, sondern nur ein dem Kaufe analoges Veräußerungs- und Ueberlassungsgeschäft: quia non simplex venditio est sed dotis causa, L. 16 D. eod. Auch bei der Gesellschaft kann übrigens diese Ueberlassung so modifizirt werden, daß entweder die Sache oder der Schätzungswerth restituirt werden soll, analog wie bei der Dos; vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 11 a. E.

festgestellt werden soll, damit derselbe einen Maßstab für die Gewinnvertheilung abgebe, so wird durch diese Schätzung das Eigenthum am Gegenstande nicht berührt, dasselbe verbleibt dem Gesellschafter und geht nicht auf die Gesellschaft über; letztere hat nur die Benutzung und bei der Liquidation ist nicht der Schätzungswerth zu vergüten, sondern der Gegenstand selbst ist zu restituiren, die Schätzung gibt alsdann nur den Maßstab für die Berechnung des Gewinnes und des Verlustes, letzteres namentlich in dem Falle, wenn der Gegenstand zu Grunde geht oder verschlechtert wird und eine Ersatzverbindlichkeit für die Gesellschaft besteht[15]).

Ob nun die Schätzung den ersteren oder den letzteren Zweck verfolgt, ist eine thatsächliche Frage; allein aus der Fassung unseres Artikels folgt, daß man im Zweifel anzunehmen hat, daß die Schätzung zum Zwecke der Eigenthumsübertragung erfolgt ist, es ist Sache des einzelnen Gesellschafters oder seiner Rechtsnachfolger den Gegenbeweis dahin zu führen, daß die Schätzung blos zum Zwecke der Gewinnvertheilung geschehen sei.

III. Eintragung in das Inventar der Gesellschaft.

1) Eine weitere Vermuthung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes entsteht dadurch, daß ein Gegenstand, welcher vorher einem Gesellschafter angehört hat, sich im Inventare der Gesellschaft eingetragen findet. Auch diese Vermuthung gilt jedoch nur im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander, nicht aber auch dann, wenn ein Dritter das Eigenthum an einem solchen Gegenstande vindizirt. Dritten gegenüber hat die Gesellschaft den Beweis ihres Eigenthumes in der gewöhnlichen Weise zu führen und hierzu reicht das Gesellschaftsinventar für sich allein nicht aus. Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander bildet dagegen das Gesellschaftsinventar, wenn ein Gegenstand in dasselbe aufgenommen worden ist, welcher vorher Privateigenthum eines der Gesellschafter war, in Betreff dieses Gegenstandes einen rechtlichen Erwerbstitel für die Gesellschaft, und zwar wenigstens präsumtiv. Es muß angenommen werden, daß ein solcher Gegenstand nach dem übereinstimmenden Willen der Gesellschafter zum Gesellschaftseigenthume gehört, wenn nicht überwiegende besondere Gründe für die Annahme des Gegentheiles vorliegen. Die Ueberlassung an die Gesellschaft durch Eintragung in das Inventar ist eine im HGB. anerkannte besondere Eigenthums-

---

[15]) L. 21 C. de jure dot. V, 12: — cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio quam quo taxata fuerat, reposceretur.

erwerbsart. Die Aufnahme eines Gegenstandes in das Gesellschaftsinventar enthält präsumtiv einen Vertrag, durch welchen das Eigenthum des Gegenstandes an die Gesellschaft abgetreten und von dieser übernommen wird. Es liegt also darin präsumtiv eine Veräußerung an die Gesellschaft, und zwar eine Veräußeruug unter onerosem Titel, analog dem Kaufvertrage [16]). Deßhalb spricht auch der Art. 143 des HGB. von der Vergütung des Werthes, für welchen die von einem Gesellschafter eingeworfenen Gegenstände von der Gesellschaft übernommen worden sind und dies findet zunächst Anwendung beim sogenannten taxirten Inventar.

Es bedarf also zur Uebertragung des Eigenthumes wohl noch der Tradition, nicht aber noch eines weiteren förmlichen Verkaufes an die Gesellschaft, bei welchem als Preis der Antheil an der Gesellschaft erscheint [17]). Und ebensowenig bedarf es noch einer nachfolgenden besonderer Cession solcher Forderungen eines Gesellschafters, welche derselbe durch die Aufnahme in das Gesellschaftsinventar an die Gesellschaft überlassen hat. Diese Ueberlassung ist selbst eine Cession.

---

[16]) So wird nach den Berathungen der Kommission (Prot. S. 176) das Verhältniß auch aufgefaßt von Koch Kommentar zu Art. 91 Anm. 8. Diese Analogie ist wichtig im Falle der Eviction; nur ist nicht zu übersehen, daß von einem eigentlichen Kaufpreise hier nicht die Rede ist; s. die folgende Anmerkung.

[17]) Als einen solchen Verkauf faßte Treitschke (die Lehre von der Gewerbegesellschaft 2. Aufl. §. 33 S. 91) die Ueberlassung an die Gesellschaft auf: „Der Genosse, der eine Sache der Societät zu übereignen verspricht, verkauft sie ihr in der That antheilig, da er als Preis dafür seine Antheile an den Einlagen der Anderen erhält.“ Es ist dies die gewöhnliche Auffassung in Bezug auf die Stempelpflichtigkeit solcher Gesellschaftsverträge, durch welche Immobilien in die Gesellschaft eingebracht werden. S. auch Anm. 22. Nach Koch a. a. O. ist bei denselben der Kaufstempel nach Abzug des Antheiles des Einbringenden zu verwenden, da dieser für seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen Miteigenthümer bleibt. Es fragt sich nur, ob das Miteigenthum auf das Grundstück selbst oder auf das Geldäquivalent bezogen werden muß. Die Stempelpflichtigkeit solcher Verträge erfordert eine besondere gesetzliche Regelung; es würde zu unbilligen Konsequenzen führen, wenn man auch auf diesem rein finanziellen Gebiete die Fiction der selbstständigen vermögensrechtlichen Persönlichkeit der Gesellschaft ohne Berücksichtigung der inneren Verhältnisse durchführen wollte. (Vgl. oben S. 13 §. 5). Eine besondere Bestimmung über die Stempelpflichtigkeit hat das Einf.-Gesetz für Hamburg Art. 18, womit die treffenden Bemerkungen in den Hamburger Kommissionsberichten S. 16, 17 zu vergleichen sind.

Eine Schenkung wird auch hier nicht präsumirt. Derjenige Gesellschafter, welcher einen Gegenstand eingeworfen hat, erhält entweder den bei der Ueberlassung an die Gesellschaft vereinbarten Preis oder er erhält, wenn es an einer solchen Werthbestimmung fehlt (untaxirtes Inventar) den Werth des Gegenstandes zur Zeit der Einbringung (Art. 143).

2) Unter dem Gesellschaftsinventar, durch welches das Eigenthum der Gesellschaft bewiesen werden soll, ist nicht blos dasjenige Inventar zu verstehen, welches bei Errichtung der Gesellschaft anzufertigen ist. Das Gesellschaftsvermögen ist vielmehr einem steten Wechsel unterworfen und die einzelnen Gesellschafter können sowohl bei Beginn als während der Dauer der Gesellschaft ihr persönliches Eigenthum in die Gesellschaft einwerfen und in Gesellschaftseigenthum verwandeln. Andererseits kann aber während der Dauer der Gesellschaft auch eine Veräußerung von Gesellschaftseigenthum an einzelne Gesellschafter so gut wie an Dritte stattfinden und diese Veränderungen finden in den alljährlichen Inventuren (Art. 29) ihren Ausdruck [18]).

Demnach ist bei Beantwortung der Frage, ob ein Vermögensstück zum Gesellschaftsvermögen oder zum persönlichen Vermögen eines Gesellschafters gehöre, zunächst auf das jüngste Inventar zu sehen. Wenn die Fabrikgebäude der Handelsgesellschaft A und Komp. sich in den ersten Inventaren der Gesellschaft nicht, wohl aber in dem letzten Inventare derselben eingetragen finden, welches von den beiden Gesellschaftern unterzeichnet ist, so greift auch hier die Präsumtion des Art. 91 Platz. Die Vermuthung spricht alsdann dafür, daß eine Veränderung in dem bisherigen Rechtsverhältnisse eingetreten ist und daß die Fabrikgebäude, welche vorher vielleicht im civilrechtlichen Miteigenthume der Gesellschafter gestanden haben, jetzt im Eigenthume der Gesellschaft stehen, und wenn einer der Gesellschafter oder wenn die Erben diese Vermuthung entkräften wollen, so können sie sich nicht auf die älteren Inventare berufen, sondern sie haben den Gegenbeweis gegen den Inhalt des Inventares auf anderem Wege zu führen.

IV. Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher.

Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander macht es keinen Unterschied, ob auf Grund des Inventares eine Umschreibung der Grundstücke und hypothekarischen Forderungen, welche einzelne Gesellschafter an die Gesellschaft überlassen haben, auf die Gesellschaftsfirma stattgefunden hat oder nicht. Dagegen ist Dritten gegenüber die Berichtigung des Besitztitels

---

[18]) Ueber das Formelle bei der Inventarisirung s. Bd. I S. 241 f.

auf die Firma der Gesellschaft (Art. 111) von Wichtigkeit[19]). Es fragt sich daher, ob eine solche Umschreibung auf Grund des Gesellschafts-Inventares stattfinden kann. Die Frage ist unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

1) Zuvörderst muß die Form des Gesellschafts-Inventares den landesgesetzlichen Vorschriften über die Förmlichkeiten der zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch geeigneten Urkunden entsprechen; das Inventar muß also in öffentlicher Urkunde errichtet sein, wie sie die Landesgesetze erfordern, es besteht keine Ausnahme für das Gesellschafts-Inventar [20]).

2) In materieller Hinsicht ist die Eintragung auf Grund eines von den Gesellschaftern unterzeichneten Inventares nicht unbedenklich[21]). Denn der Art. 91 stellt nur eine einfache juristische Präsumtion, eine praesumtio juris, nicht eine praesumtio juris et de jure zu Gunsten der Uebertragung des Eigenthumes an die Gesellschaft auf und diese Präsumtion kann durch Gegenbeweis zerstört werden. Hierin liegt eine Unsicherheit für die Eintragung in das Hypothekenbuch, der Standpunkt des Hypothekenrichters ist hier ein anderer als der des Handelsrichters. Der Hypothekenrichter wird zu prüfen haben, ob in dem Inventare der auf die Uebereignung an die Gesellschaft gerichtete Wille der Kontrahenten bestimmt ausgesprochen ist oder nicht. Im letzteren Falle ist der Hypothekenrichter berechtigt, vor der Eintragung die Kontrahenten noch zur Abgabe einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Erklärung aufzufordern, welche die Uebereignung des Gegenstandes an die Gesellschaft bestimmt ausspricht und jeden Zweifel beseitigt[22]).

---

[19]) Auch für Handelsgesellschaften ist die Bestimmung des preußischen Landrechtes noch praktisch, daß, wenn die Zuschreibung an die Gesellschaft im Hypothekenbuche unterblieben ist, die eingebrachten Grundstücke nur in Ansehung der Gesellschafter unter sich, nicht aber in Ansehung eines (redlichen) Dritten gemeinschaftlich werden (Pr. Landr. I., 17, §. 200).

[20]) Auch ein durch das Vormundschaftsgericht aufgenommenes Inventar kann genügend erscheinen, wenn dasselbe zum Zwecke der Feststellung des Gesellschaftsvermögens für die minderjährigen Gesellschafter bei Fortführung oder Errichtung der Societät aufgenommen ist, die Zuziehung auch der großjährigen Gesellschafter bei der Aufnahme vorausgesetzt.

[21]) Vgl. Noack, der Einfluß des HGB. auf das Grund- und Hypothekenrecht, in Busch' Archiv Bd. IV S. 196.

[22]) Vgl. oben Anm. 17 und Noack a. a. O. S. 209. Noack theilt mit, daß vor Publikation des HGB. die k. sächsischen Gerichte bisweilen verlangten, daß die Gesellschafter einen förmlichen Kaufvertrag über den inferirten Ge-

V. Unterzeichnung des Inventares durch sämmtliche Gesellschafter.

Auch im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander begründet die Eintragung eines bis dahin einem Gesellschafter gehörigen Gegenstandes in das Gesellschaftsinventar nur dann die Vermuthung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes, wenn das Inventar von sämmtlichen Gesellschaftern unterzeichnet ist. Gegen die einseitige Eintragung würden auch hier die allgemeinen Rechtsregeln Scriptura pro scribente non probat und Nemo sibi titulum constituere potest zur Anwendung kommen.

Gleichwohl darf diese Bestimmung nicht wörtlich aufgefaßt und angewandt werden. Es ist nicht sowohl die Unterschrift der Gesellschafter, welche das Gesetzbuch verlangt und auf welche das entscheidende Gewicht zu legen ist, sondern der Sinn der Bestimmung geht nur dahin: es sollen die Eintragungen in das Gesellschaftsinventar nicht einseitig, sondern unter Zustimmung aller Betheiligten erfolgen. Die Eintragung muß einen vertragsmäßigen Charakter haben, sie muß, wie der Art. 143 sich ausdrückt, eine Uebereinkunft darstellen, durch welche der Gegenstand nicht blos eingeworfen, sondern auch von der Gesellschaft übernommen worden ist. Nur unter dieser Voraussetzung greift die gesetzliche Vermuthung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes Platz.

Die geschehene Anerkennung des Inhaltes des Gesellschaftsinventares Seitens der Gesellschafter kann nun aber auch auf anderem Wege bewiesen werden als durch die Unterschrift der Gesellschafter. Der Art. 317 bestimmt, daß bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder durch andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist und daß Ausnahmen von dieser Regel nur insoweit stattfinden, als sie im Handelsgesetzbuche selbst enthalten sind. Eine solche Ausnahme wird man für die Frage, ob der Inhalt des Gesellschaftsinventares von sämmtlichen Gesellschaftern anerkannt sei oder nicht, um so weniger statuiren können, als es zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages selbst der schriftlichen Abfassung nicht bedarf (Art. 85).

Kann aber der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages auch auf anderem Wege als durch die Unterschriften des Vertrages bewiesen werden, so muß

---

genstand abschließen sollten, weil der Uebereignungsvertrag als solcher im sächs. Hypothekengesetze (v. 6. November 1843) nicht speziell erwähnt war. Diese Praxis wurde aber von den höheren Instanzen reprobirt.

dasselbe auch von der Anerkennung des Gesellschaftsinventares gelten, welches in dieser Beziehung als ein Bestandtheil und Zubehör des Gesellschaftsvertrages zu betrachten ist. Und es gilt dies nicht blos in Betreff des ganzen Inhaltes des Inventares, sondern auch in Betreff jedes einzelnen streitigen Postens in demselben.

Wenn also ein bestimmter Gegenstand, welcher im Gesellschaftsinventare eingetragen steht, von einem Gesellschafter unter dem Anführen als sein Privateigenthum in Anspruch genommen wird, daß er das Inventar nicht unterzeichnet habe, so kann die Gesellschaft den Beweis ihres Eigenthumes entweder in genereller Weise führen, indem sie die erfolgte anderweitige Zustimmung des Gesellschafters zu dem ganzen Inhalte des Inventares beweist, oder in spezieller, indem sie die anderweitige Zustimmung des Gesellschafters zu der Eintragung des in Rede stehenden einzelnen Gegenstandes beweist[23]).

Allerdings schreibt auch der Art. 30 des HGB. vor, daß das Inventar von sämmtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen sei; allein die Wirkung dieser Vorschrift besteht nicht darin, daß das nichtunterzeichnete Inventar nichtig und unverbindlich ist, sondern aus jener Vorschrift folgt umgekehrt nur die Verpflichtung der Gesellschafter zur Unterzeichnung des Inventares und eine Klage der Mitgesellschafter gegen denjenigen Gesellschafter, welcher die Unterzeichnung verweigert. Die Kläger haben die Richtigkeit der Angabe im Inventare auf Grund der anderweitig erfolgten Zustimmung des Verklagten zu der Eintragung oder auf Grund einer vorhergegangenen anderweitigen Uebereignung des Gegenstandes an die Gesellschaft zu beweisen; der Verklagte hat die Unrichtigkeit der Angabe im Gegenbeweise nachzuweisen[24]).

VI. Gegenbeweis gegen das Inventar.

Die Eintragung eines Gegenstandes in das Inventar der Gesellschaft bewirkt unter den Gesellschaftern nur eine Vermuthung zu Gunsten des Gesellschaftseigenthumes. Diese Vermuthung kann durch Gegenbeweis zerstört werden. Den Gegenbeweis hat derjenige Gesellschafter zu führen, welcher für sich Privateigenthum, beziehungsweise die Fortdauer seines

---

[23]) v. Kräwel Art. 91 Anm. 2. In diesem Sinne hat sich auch ein Rechtsgutachten der Rechtsfakultät Halle in Sachen der Firma B. und K. zu N. ausgesprochen (nach Schwarzburg-Rudolstadt, November 1865).

[24]) S. die Erläuterungen zu Art. 30, Bd. I S. 239, 240 und das Erk. des Handelsappell.-Gerichtes zu Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 91 und in Busch' Archiv Bd. VII S. 349.

Privateigenthumes an dem Gegenstande behauptet. Dieser Gegenbeweis kann sich namentlich auf die bei der Anfertigung des Inventares gepflogenen Verhandlungen über den Zweck der Aufnahme des streitigen Gegenstandes in das Inventar beziehen, aus denen z. B. hervorgehen kann, daß die Aufnahme in das Inventar nur zum Zwecke der Gewinnvertheilung nach Maßgabe der Taxe und ohne Präjudiz für den Uebergang des Eigenthumes stattfinden sollte.

So wenig aber die Aufnahme eines Gegenstandes in das Gesellschaftsinventar einen absoluten Beweis, eine praesumtio juris et de jure zu Gunsten der Gesellschaft liefert, ebensowenig liefert das Fehlen eines Gegenstandes im Gesellschaftsinventare eine praesumtio juris et de jure gegen die Gesellschaft. Die Gesellschaft kann den Beweis ihres Eigenthumes, beziehungsweise den Beweis der erfolgten Einwerfung eines Gegenstandes in die Gesellschaft auf jede andere Weise führen, sie ist in dieser Beziehung nicht auf das Inventar beschränkt.

Die vorstehenden Regeln sowohl über den Beweis des Privateigenthumes der Gesellschafter als auch über den Beweis des Gesellschaftseigenthumes kommen auch bei Bildung der Konkursmassen der Gesellschaft sowie des Privatvermögens der Gesellschafter zur Anwendung.

VII. Vorbehaltenes Eigenthum eines Gesellschafters.

Hat ein Gesellschafter sich das Eigenthum an einem Gegenstande vorbehalten und nur die Benutzung desselben an die Gesellschaft überlassen, so fällt bei Auflösung der Gesellschaft der Gegenstand in natura an den Gesellschafter zurück; der Art. 143 des HGB. kommt rücksichtlich dieser Gegenstände nicht zur Anwendung. Der Gesellschafter trägt aber auch die Lasten des vorbehaltenen Eigenthumes; die mit der Benutzung verbundenen Lasten trägt dagegen die Gesellschaft. Der Gesellschafter trägt ferner auch die Gefahr der Verschlechterung und des Unterganges, vorbehaltlich des Anspruches auf Schadensersatz, wenn der Gegenstand in Angelegenheiten der Gesellschaft aufgewandt wurde (Art. 93).

Von einem solchen Eigenthumsvorbehalte wird unter Kaufleuten namentlich in dem Falle Gebrauch gemacht, wenn einer der Gesellschafter bereits vor Errichtung der Gesellschaft im Besitze desjenigen Handels- und Fabrikgeschäftes war, welches jetzt gemeinschaftlich betrieben werden soll; in diesem Falle kann der Gesellschafter die Benutzung der Fabrikgebäude oder des Geschäftshauses sowie der Fabrikutensilien, Maschinen u. s. w. an die Gesellschaft überlassen, während er sich das Eigenthum an den Gebäuden mit oder ohne Utensilien vorbehält.

Ebenso kann sich ein Gesellschafter auch ein literarisches, künstlerisches

oder industrielles Eigenthumsrecht vorbehalten und der Gesellschaft blos die Benutzung und Ausbeute desselben für bestimmte oder unbestimmte Zeit übertragen, namentlich rücksichtlich eines Erfindungspatentes oder eines persönlichen oder realen Gewerbsprivileges.

Aber auch noch ein anderer Fall ist möglich und findet sich in der That bei Handelsgesellschaften; dies ist das gewöhnliche Miteigenthum der Gesellschafter, das gewöhnliche condominium pro indiviso im Gegensatze zum Gesellschaftseigenthume. Wenn der Papierfabrikant A den Kaufmann B in der Weise als Gesellschafter in sein Fabrikgeschäft aufnimmt, daß er demselben erst den ideellen halben Antheil an der Fabrik verkauft, sodann aber mit ihm einen Gesellschaftsvertrag errichtet, in welchem bestimmt wird, daß das gesammte bewegliche Inventar der Fabrik in die Gesellschaft fallen und daß außerdem die beiden Gesellschafter die Benutzung der ihnen gemeinschaftlich gehörenden Papiermühle und sonstigen Fabrikgrundstücke zu dem Geschäfte der Handelsgesellschaft beitragen wollten, so steht der Gesellschaft an den Fabrikgebäuden und Grundstücken nur der Nießbrauch zu.

In einem solchen Falle hat die Gesellschaft auch die Lasten des Nießbrauches zu tragen, namentlich die Reparaturen der Gebäude; die Grundstücke selbst aber sind gemeinschaftliches Privat- und Sondereigenthum der Gesellschafter.

Bei Auflösung einer solchen Gesellschaft kann demnach von einer Versteigerung der Gebäude und Grundstücke durch die Liquidatoren nach Maßgabe des Art. 137 nicht die Rede sein und ebensowenig von Vergütung des Werthes nach Maßgabe des Art. 143, sondern die Theilung der gemeinschaftlichen Grundstücke muß nach den civilrechtlichen Vorschriften über die Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthumes erfolgen. Demnach kann auch die Naturaltheilung der Grundstücke gefordert werden, soweit dieselbe möglich ist und soweit der Gesellschaftsvertrag hierüber nicht andere Bestimmungen enthält. Die Verschiedenheit zeigt sich auch hinsichtlich der Rechte der Gesellschaftsgläubiger; die Antheile an solchem Miteigenthume gehören nicht zum Gesellschaftskonkurse, sondern zum Konkurse über das Privatvermögen der Gesellschafter (Art. 122).

Eine weitere Verschiedenheit zwischen solchem gewöhnlichen Miteigenthume der Gesellschafter einerseits und dem Gesellschaftseigenthume andererseits zeigt sich rücksichtlich des gesetzlichen Vorkaufsrechtes der Miteigenthümer an den ideellen Theilen der gemeinschaftlichen Sache. Wo sich ein solches Vorkaufsrecht nach den Landesgesetzen findet[25]), kommt dasselbe zwar beim

---

[25]) Das Vorkaufsrecht der Miteigenthümer an ihren Antheilen an der gemein-

gewöhnlichen Miteigenthume der Gesellschafter, nicht aber beim Eigenthume der Handelsgesellschaft zur Anwendung.

Art. 92.

Ein Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

Pr. Entw. Art. 97. — I. Entw. Art. 91. — II. E. Art. 91. — Prot. S. 178, 985.

I. Während die Definition in Art. 85 ausdrücklich betont, daß bei keinem der offenen Handelsgesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt sei, schreibt der Art. 92 umgekehrt vor, daß kein Gesellschafter verpflichtet sei, die Einlagen über den vertragsmäßigen Betrag hinaus zu erhöhen oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen. Ueber den scheinbaren Widerspruch zwischen diesen beiden Bestimmungen s. die Erläuterungen zu Art. 85 §. IV (S. 78). Dieser Widerspruch besteht aus dem Grunde nur scheinbar, weil der Art. 92 sich lediglich auf das Verhältniß nach Innen, auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander bezieht, während die Definition in Art. 85 schon das Verhältniß nach Außen, also die volle und solidarische Haft den Gläubigern gegenüber im Auge hat.

Unter dem Gesichtspunkte der vollen und solidarischen Haft der Gesellschafter (Art. 112) erscheinen allerdings die Vermögenseinlagen derselben von keiner oder doch nur von geringer Bedeutung; denn die Gesellschafter haften den Dritten für die Gesellschaftsschulden mit ihrem ganzen übrigen Vermögen, unabhängig von der Größe ihrer Einlagen.

Erwägt man jedoch, daß nach Art. 122 des HGB. die Gesellschaftsgläubiger im Konkurse der Gesellschaft ein Vorzugsrecht am Gesellschaftsvermögen haben und daß dieselben mit Ausschließung der Privatgläubiger der

---

schaftlichen, zu vollem Eigenthume besessenen Sache ist in Preußen nicht aufgehoben sondern bestehen geblieben. Preuß. Gesetz über die Ablösung der Reallasten v. 2. März 1850 §. 4.

Socii ihre Befriedigung zuerst am Gesellschaftsvermögen suchen dürfen und suchen müssen, während sie sich an das Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles im Gesellschaftskonkurse halten können, so ergibt sich, daß vom praktischen Standpunkte aus die Frage nach der Größe der Vermögenseinlagen eine viel größere Bedeutung hat.

II. Die Höhe der vertragsmäßigen Einlagen wird nicht in das Handelsregister eingetragen; hierdurch unterscheidet sich die Einlage des offenen Handelsgesellschafters von der des Kommanditisten (Art. 151). Die Eintragung darf selbst in dem Falle nicht erfolgen, wenn die Parteien dieselbe ausdrücklich beantragen[1]).

III. So wenig ein Gesellschafter verpflichtet ist, seine Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, so wenig ist er ohne die Zustimmung der übrigen zu einer Erhöhung derselben berechtigt[2]). Ein Gesellschafter kann für solche Einlagen, welche er einseitig und ohne Zustimmung der übrigen macht, weder die vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zinsen (Art. 106) noch weniger einen Gewinnantheil verlangen. Eine Zinsverbindlichkeit kann die Gesellschaft für solche vertragswidrige Einlagen nur insoferne treffen, als sie den Charakter von Vorschüssen haben (Art. 93).

Eine Ausnahme hiervon findet nur bei derjenigen Erhöhung statt, welche durch das Stehenlassen von Zinsen und Gewinn der Einlagen bewirkt wird; diese Art der Erhöhung gehört zu den gesetzlichen Befugnissen der einzelnen Gesellschafter (Art. 108) und sie kann nur durch eine entgegenstehende vertragsmäßige Bestimmung beseitigt werden.

IV. Vertragsmäßiger Betrag der Einlage.

Hinsichtlich der Höhe und der Arten der Einlagen besteht vollkommene Vertragsfreiheit. Die Vorschriften des Art. beziehen sich zunächst nur auf Geldeinlagen, allein es ist nicht erforderlich, daß die Gesellschafter überhaupt Einlagen in Geld oder Geldeswerth machen, vielmehr kann jede Leistung, welche zur Förderung des Gesellschaftszweckes dient, den Gesellschaftern als Einlage angerechnet werden[3]). Als solche nicht pekuniäre Einlagen stellen sich hauptsächlich folgende Beiträge dar: persönliche Thätigkeit, Geschäftskenntniß und Tüchtigkeit eines Gesellschafters, Geschäftsverbindungen, Kund-

---

1) S. die Erläuterungen zu Art. 86 S. 101.

2) Diesen für die Belastung der Gesellschaft nicht unwichtigen Punkt hebt v. Hahn zu Art. 92 §. 1 mit Recht hervor. Ueber die Nachtheile eines zu starken Anwachsens der Einlagen s. die Erläuterungen zu Art. 108.

3) Vgl. Auerbach, Gesellschaftswesen, S. 10.

schaft, Kredit, Firma und selbst ein Familienname, insofern derselbe in die Gesellschaftsfirma aufgenommen werden soll.

Was von der vertragsmäßigen Höhe der Einlagen gilt, gilt auch von den vertragsmäßigen Modalitäten der Einzahlung. Auch diese können gegen den Willen des einzelnen Gesellschafters nicht abgeändert werden. Ist also vertragsmäßig bestimmt, daß die Einlage in einzelnen Theilzahlungen, zu bestimmten Terminen oder in bestimmten Münzsorten oder mit Abzug eines Sconto's u. s. w. geleistet werden soll [4]), so können auch diese Modalitäten ohne Zustimmung des einzelnen Gesellschafters nicht abgeändert werden. Auch rücksichtlich dieser Punkte ist ein Majoritätsbeschluß der Gesellschafter unwirksam, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag das Gegentheil bestimmt.

Das preußische Landrecht (I, 17, §. 191) hat die Bestimmung, daß, wenn der Gesellschaftszweck ohne neue Beiträge nicht zu erreichen ist, derjenige Gesellschafter, welcher die Erhöhung seiner Einlage verweigert, von den übrigen zum Austritte gezwungen werden kann. Ein solches Ausschließungsrecht ist allerdings mit der Bestimmung des Art. 92 unvereinbar [5]). Allein gleichwohl ist der Fall denkbar, daß, wenn die Gesellschafter oder wenn einzelne derselben sich weigern, die Einlagen über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich wird und in einem solchen Falle kann nach Art. 125 Ziffer 1 auf Auflösung der Gesellschaft geklagt werden.

V. Mangel einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Geldeinlagen.

Der Art. 92 bezieht sich nur auf diejenigen Fälle, in welchen die Höhe der Geldeinlagen überhaupt vertragsmäßig festgestellt ist. Fehlt es an einer solchen vertragsmäßigen Bestimmung, so kann der Art. 92 keine

---

[4]) Eine derartige Bestimmung ist z. B. folgende: „Zu dem gemeinschaftlichen Fonds gibt jeder der beiden Gesellschafter die Summe von 10,000 Thlr. nach und nach, wie es der Geschäftsbetrieb erfordern wird, in der Art, daß zu jeder nach der Meinung auch nur des Einen von ihnen erforderlichen Summe jeder die Hälfte gibt." (Koch, Formularbuch 5. Aufl., Breslau 1854, S. 125.)

[5]) Ein Antrag, welcher auf Einführung eines gesetzlichen Zwanges zur Erhöhung der Einlagen in dem Falle gerichtet war, wenn der Gesellschaftszweck bei veränderten Umständen mit den vertragsmäßigen Einlagen nicht erreicht werden könne, wurde von der Kommission ausdrücklich abgelehnt. (Protok. S. 178.) Auch hier gelten also keine Mehrheitsbeschlüsse, wenn der Gesellschaftsvertrag sie nicht eingeführt hat, s. Art. 102.

Anwendung finden, denn es fehlt dann an der vertragsmäßigen Grenze, zu deren Ueberschreitung der einzelne Gesellschafter gegen seinen Willen nicht gezwungen werden soll. Vielmehr kommt alsdann der Art. 267 des HGB. zur Anwendung, welcher bestimmt, daß, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, alle Theilnehmer in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinschaftlichen Unternehmen beizutragen verpflichtet sind. Der Umstand, daß diese Bestimmung rücksichtlich der offenen Handelsgesellschaft nicht wiederholt ist, sondern sich nur bei der partikularen Gesellschaft findet, thut ihrer Anwendbarkeit auf die offene Gesellschaft keinen Eintrag. Denn einmal ist die offene Handelsgesellschaft nichts Anderes, als eine Vereinigung zu einer ganzen Reihe von einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung und ohne beschränkte Haft der Theilhaber, und es muß demnach die Bestimmung des Art. 267 bei der offenen Gesellschaft ununterbrochen zur Anwendung kommen, so oft ein Handelsgeschäft für gemeinschaftliche Rechnung d. h. ein Handelsgeschäft der Gesellschaft gültig geschlossen ist (Art. 102, 103). Sodann aber entspringt die Bestimmung des Art. 267 aus der Natur der Gesellschaft überhaupt[6]) und kommt überall da zur Anwendung, wo nicht der Gesellschaftsvertrag selbst oder die gesetzlichen Bestimmungen über die einzelnen Arten der Gesellschaft entgegenstehen[7]).

Demnach ist in Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung jeder Gesellschafter verpflichtet, den auf ihn fallenden Kopfantheil derjenigen Gelder einzuzahlen, welche zum Betriebe des Geschäftes, beziehungsweise zur Ausführung der von der Gesellschaft unternommenen Geschäfte (Art. 102, 103) erforderlich sind. Es ergibt sich hieraus, daß in solchen Fällen die Höhe der Geldeinlagen sehr veränderlich sein kann. Die Bestimmung des Art. 95 über die Verzinsung rückständiger Geldeinlagen findet auch in diesen Fällen Anwendung[8]).

---

[6]) Preuß. Landrecht I, 17, §. 189 (Von Gemeinschaften durch Vertrag): „Wenn der Vertrag nicht ein Anderes bestimmt, so ist jedes Mitglied zum gemeinschaftlichen Fonds in gleichem Verhältnisse beizutragen schuldig." L. 29 pr. D. Pro socio 17, 2: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.

[7]) Aus dem letzteren Grunde findet der Art. 267 keine Anwendung auf den Kommanditisten und auf die Aktionäre bei Aktiengesellschaften.

[8]) Verschieden von dem Falle, in welchem es an einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Höhe der Einlagen der Gesellschafter oder eines einzelnen Gesellschafters überhaupt gebricht, ist der von Puchelt in Busch' Archiv Bd. VIII S. 400 mitgetheilte Fall, in welchem sich ein Gesellschafter dazu

Ueber die Höhe des aufzubringenden Kapitales entscheidet im Streitfalle das richterliche Ermessen.

Ist aber im Gesellschaftsvertrage eine Verschiedenheit der Antheile am Gewinne und Verluste für die Gesellschafter bestimmt, so kommt dieser Maßstab auch rücksichtlich der Aufbringung des Betriebskapitales durch die Gesellschafter zur Anwendung [9]).

Art. 93.

Für die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernimmt, und für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, ist ihm die Gesellschaft verhaftet.

Von den vorgeschossenen Geldern kann er Zinsen fordern, vom Tage des geleisteten Vorschusses an gerechnet.

Für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte steht dem Gesellschafter ein Anspruch auf Vergütung nicht zu.

Pr. Entw. Art. 98. — I. Entw. Art. 92. — II. E. Art. 92. — Prot. S. 178, 985.

I. Auslagen.

Während dem einzelnen Gesellschafter nach Abs. 3 des Artikels kein Anspruch auf Vergütung für seine Bemühungen, für seine Thätigkeit als solche in Gesellschaftsangelegenheiten zusteht, gebührt ihm dagegen Ersatz für die Auslagen, welche er in Gesellschaftsangelegenheiten aus eigenen Mitteln macht.

Zu den Auslagen gehört jeder Aufwand von baarem Gelde oder Geldeswerth, welchen die Besorgung der Gesellschaftsangelegenheit nothwendig

---

verpflichtet hatte, „einige tausend Gulden" einzuschießen. Hier lag eine vertragsmäßig Verabredung vor, nur war dieselbe unbestimmt ausgedrückt und der unbestimmte Ausdruck war im streitigen Falle der richterlichen Auslegung zu unterstellen.

[9]) Treitschke, Gewerbsgesellschaft §. 14.

oder herkömmlich mit sich führt. Rücksichtlich der Frage, was nothwendig oder herkömmlich sei, ist auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (Art. 279). Unter diesen Voraussetzungen gehören hierher namentlich auch Reisekosten, Repräsentationskosten u. s. w. Ferner aber die Zahlung von Gesellschaftsschulden, von Abgaben, Sporteln und Spesen für die Gesellschaft; alle solche Zahlungen sind jedoch rücksichtlich der Verzinsung derselben (Abs. 2 des Art.) zugleich auch als Vorschüsse aufzufassen.

II. Verluste.

Der Artikel stellt denjenigen Verlusten, welche der einzelne Gesellschafter unmittelbar durch seine Geschäftsführung erleidet, auch diejenigen gleich, welche aus Gefahren entstehen, die von der Geschäftsführung unzertrennlich sind. Man wird die Verluste der letzteren Art als die mittelbaren Verluste aus der Geschäftsführung bezeichnen können; die Gesellschaft hat dieselben dann zu ersetzen, wenn der Kausalnexus zwischen dem Verluste und der Geschäftsführung nachweisbar ist [1]). Es ist selbstverständlich und wurde bei den Berathungen ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich bei dem Ersatze von Schäden aus den im Artikel bezeichneten Gefahren namentlich auch um solche Gefahren handelt, welche die Person des Gesellschafters betreffen [2]).

Diese Bestimmungen gehen weiter als die älteren Grundsätze über die Ersatzansprüche der Gesellschafter wegen erlittener Verluste. So verweist das preußische Landrecht (I, 17 §. 227) in dieser Frage auf die Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag. Allein der bloße Mandatar ist nach römischem Rechte und nach preußischem Landrechte schlechter gestellt, als der Gesellschafter nach Art. 93 des HGB. [3]).

---

[1]) Endemann §. 40 Anm. 20.

[2]) Code civil Art. 1852: risques inséparables de sa gestion. Protok. S. 986. Der in L. 60 §. 1 D. pro socio 17, 2 mitgetheilte Fall: Socius, cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus — vulneratus est, würde nach dem A. D. HGB. kaum zu Ungunsten des auf Ersatz der Kurkosten klagenden Socius entschieden werden, denn der in der Stelle für die Abweisung der Klage angegebene Grund (quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit) ist den Bestimmungen des Art. 93 gegenüber nicht mehr durchschlagend. S. die folgende Anm. In mancher Hinsicht können bei solchen Ersatzforderungen die Grundsätze über die Havarie zur analogen Anwendung kommen.

[3]) Preuß. Landr. 1, 13, §. 80, 81: „Unglücksfälle, welche den Bevollmächtig-

III. Zinsen von vorgeschossenen Geldern.

Die Verbindlichkeit der Gesellschaft zur Verzinsung der von den einzelnen Gesellschaftern geleisteten Vorschüsse[4]) entspringt schon aus der allgemeinen Vorschrift des Art. 289 des HGB., nach welcher Kaufleute unter einander berechtigt sind, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern[5]).

Rücksichtlich der geleisteten Vorschüsse steht der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber. Die Verpflichtung zur Verzinsung wird dadurch nicht alterirt, daß die Gesellschaft die Vorschußsumme nicht wirklich einem Dritten, sondern einem ihrer Theilhaber schuldet, der einzelne Gesellschafter kann den Bankier der Gesellschaft abgeben und das HGB. verlangt von ihm nicht, daß er die nicht in das Bereich seiner Gesellschaftspflichten fallenden Geschäfte mit der Gesellschaft zu ungünstigeren Bedingungen abschließen soll als mit Dritten.

Der Gesellschafter ist berechtigt, von der Gesellschaft den Ersatz des ganzen Betrages seiner Auslagen und Vorschüsse zu fordern, ohne Abzug des auf ihn selbst als Mitglied der Gesellschaft fallenden Antheiles an dieser Schuld[6]). Die Gesellschaft steht hier dem Gesellschafter als selbstständiges Rechtssubjekt gegenüber, die Gesellschaft unter ihrer Firma und der einzelne

---

ten bei Ausführung des Geschäftes treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlaß gegeben hat. Doch muß der blos zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können." Das römische Recht ist dem Mandatar noch ungünstiger, L. 26 §. 6 D. mandati vel c. XVII, 1. Der Unterschied zwischen dem Art. 93 und diesen Bestimmungen ist in den Motiven zum preuß. Entwurfe Art. 98 speziell hervorgehoben, die Verweisung auf das preuß. Landr. I, 17, §. 227 bei Koch zu Art. 93 des HGB. Anm. 11 ist daher nicht so aufzufassen, als ob beide Bestimmungen identisch wären.

[4]) Vorschüsse sind auch hier identisch mit Darlehen; aus dem Nebeneinanderstehen beider Ausdrücke im Art. 290 Abs. 2 kann eine Verschiedenheit beider nicht hergeleitet werden. Vgl. v. Hahn zu Art. 93 §. 4 und Prot. S. 427.

[5]) Denn der offene Handelsgesellschafter ist in dieser Hinsicht Kaufmann. Vgl. Bd. I S. 47 gegen v. Hahn §. 10 Art. 93.

[6]) Erk. des O. A. Gerichtes zu Dresden v. 15. Oktober 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 391.

Gesellschafter werden hier als zwei verschiedene Personen betrachtet [7]). Selbstverständlich haften ihm aber auch die einzelnen Mitgesellschafter pro rata ihrer Antheile für den Ersatz seiner Auslagen und Vorschüsse. Diese Klage gegen die einzelnen Mitgesellschafter ist von der gegen die Gesellschaft als solche verschieden, den Mitgesellschaftern würde aber die Einrede zustehen, daß die Mittel der Gesellschaftskasse zur Befriedigung des Gesellschafters hinreichen.

Die Zinsen der Vorschüsse betragen, wie bei allen Handelsgeschäften, in Ermangelung besonderer Vereinbarung, sechs Prozent, Art. 287 Abs. 2. Demnach werden die Einlagen der Gesellschafter niedriger verzinst, als die an die Gesellschaft geleisteten Vorschüsse, erstere nur mit vier Prozent (Art. 106), und es ist demnach auch mit Rücksicht hierauf wichtig, zu unterscheiden, ob die von einem Gesellschafter an die Gesellschaft oder für die Gesellschaft gezahlte Summe als Geschäftseinlage aufzufassen ist, zu welcher derselbe nach dem Gesellschaftsvertrage oder kraft des Gesetzes (Art. 267) verpflichtet und beziehungsweise berechtigt [8]) war, oder ob es eine Zahlung ist, welche mit dieser Verbindlichkeit in keinem Zusammenhange steht und sich als wirklicher Vorschuß darstellt.

IV. **Vergütung für die Bemühungen beim Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte.**

Der Art. spricht dem Gesellschafter jeden Anspruch auf eine Vergütung für seine Bemühungen ab. Man könnte geneigt sein, zwischen denjenigen Bemühungen zu unterscheiden, welche der Betrieb des Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, und denjenigen, welche außerhalb dieses Kreises liegen und rein persönliche Dienste eines Gesellschafters sind. Diese Unterscheidung stellt das preußische Landrecht rücksichtlich des Societätsvertrages überhaupt auf, indem es dem einzelnen Gesellschafter gestattet, für solche Arbeiten, welche nicht zum gewöhnlichen Betriebe der Societätsgeschäfte gehören und eine besondere Kunst und Wissenschaft erfordern, den gewöhnlichen Preis in Rechnung zu bringen [9]). Allein aus den Motiven des preuß.

---

[7]) S. die Ausführungen S. 11 f. dieses Bandes.

[8]) Vgl. Art. 92 §. III.

[9]) Preuß. Landr. I, 17, §. 228, 229. Das preuß. Landrecht geht hier von dem bekannten allgemeinen Rechtsgrundsatze aus, daß Freigebigkeiten nicht vermuthet werden. Ob dieser Satz, wenn er auch auf Dienste und Bemühungen der Gesellschafter ausgedehnt werden soll, mit dem Wesen einer offenen Handelsgesellschaft vereinbar ist (societas jus quodammodo fraternitatis in se habet), ist zweifelhaft.

Entwurfes (S. 54) ergibt sich, daß die allgemeine Fassung des Artikels absichtlich gewählt ist, um jene Unterscheidung auszuschließen[10]).

Demnach kann eine Vergütung für Dienste und Bemühungen nur beansprucht werden, wenn entweder eine Vergütung bedungen wurde[11]), oder wenn die geleisteten Bemühungen überhaupt keinen Theil desjenigen gewerblichen Zweckes bilden, für welchen die Gesellschaft errichtet ist[12]). So kann beispielsweise der Rechtsanwalt oder der Notar, welcher offener Gesellschafter in einer Handelsgesellschaft ist, die Bezahlung von Gebühren für diejenigen gerichtlichen Schritte oder Wechselproteste von der Gesellschaft fordern, welche er für die letztere aufgenommen hat[13]). Ferner gehört auch der Fall hierher, daß die Dienste überall nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im persönlichen Interesse eines Gesellschafters geleistet worden sind.

V. Die Bestimmungen dieses Artikels, sowie die vorstehenden Ausführungen, finden auch Anwendung auf denjenigen Gesellschafter, welcher von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, der aber in Folge eines besonderen Auftrages der übrigen Gesellschafter für die Gesellschaft handelt. In diesem Falle steht der ausgeschlossene Gesellschafter keineswegs einem gewöhnlichen Mandatar oder Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft gleich[14]), sondern indem er ein Geschäft der Gesellschaft kraft besonderen Auftrages führt, führt er zugleich seine eigenen Geschäfte; er steht in diesen einzelnen Fällen dem geschäftsführenden Gesellschafter gleich, die Ausschließung von

---

[10]) Die Bemerkung von Koch zu Art. 93 Anm. 13: „Dies ist das Princip des A. L. R. §. 228," ist daher nicht zutreffend, wie dies mit Recht auch hervorgehoben wird von v. Kräwel in Busch' Archiv IV. Bd. S. 8.

[11]) Z. B. im Gesellschaftsvertrage ist bestimmt, daß jeder der Gesellschafter jährlich 800 Thlr. für seine Mühewaltung aus der Gesellschaftskasse erhalten soll, oder daß nur der geschäftsführende Gesellschafter A 800 Thlr. erhalten soll, während B von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Oder aber die Vergütung für die Geschäftsführung oder für eine bestimmte Thätigkeit eines Gesellschafters hat ihren Ausdruck in der verabredeten ungleichen Gewinnvertheilung gefunden.

[12]) v. Kräwel in Busch' Archiv IV. Bd. S. 11.

[13]) Weitere Beispiele geben v. Hahn zu Art. 93 §. 5 und v. Kräwel in Busch' Archiv IV. Bd. S. 11 f.

[14]) Wie v. Hahn §. 8 zu Art. 93 annimmt; allein nicht einmal vom Standpunkte des reinen Mandates aus ist diese Ansicht zutreffend, denn es gibt auch Mandatare in rem suam.

der Geschäftsführung ist für diese einzelnen Geschäfte beseitigt. Aus demselben Grunde ist auch der Art. 94 auf den nichtfirmirenden Gesellschafter anwendbar, wenn derselbe kraft Auftrages für die Gesellschaft handelt.

Handelt der nichtfirmirende Gesellschafter ohne Auftrag, so kann er für die gemachten Auslagen und übernommenen Verbindlichkeiten Ersatz und für seine Vorschüsse außerdem noch Zinsen alsdann verlangen, wenn die Auslagen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft oblagen, also vor Allem dann, wenn der Gesellschafter eine Schuld der Gesellschaft aus eigenen Mitteln zahlt oder Sicherheit für dieselbe bestellt. Auch in diesem Falle besorgt der Gesellschafter nicht blos fremde Geschäfte sondern zugleich seine eigenen [15]). Der Anspruch auf Schadensersatz für Verluste bei der Geschäftsführung kann aber bei dem nicht firmirenden Gesellschafter nur dann vorkommen, wenn er kraft Auftrages für die Gesellschaft handelt, nicht auch dann, wenn er unberufen die Geschäfte führt, wenn auch mit nützlichem Erfolge.

Art. 94.

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Er haftet der Gesellschaft für den Schaden, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist. Er kann gegen diesen Schaden nicht die Vortheile aufrechnen, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat.

Pr. Entw. Art. 99. — I. Entw. Art. 93. — II. Entw. Art. 93. — Prot. S. 179 f. 986.

I. Das Gesetzbuch schreibt für den offenen Gesellschafter die s. g. subjektive Deligenz vor, oder vielmehr das Gesetzbuch beläßt es bei der s. g. subjektiven Deligenz der einzelnen Gesellschafter, welche auch schon das ge-

---

[15]) Auch hier stellt v. Hahn a. a. O. den nicht firmirenden Gesellschafter dem gewöhnlichen negotiorum gestor gleich. Allein derselbe Unterschied, welcher beim Mandat stattfindet, greift auch hier Platz. S. die richtige Meinung bei v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 4.

meine Recht vorschrieb [1]). Es wird von den einzelnen Gesellschaftern bei Führung der Angelegenheiten der Gesellschaft nicht die Sorgfalt des guten Hausvaters, des bonus paterfamilias, auch nicht diejenige des ordentlichen Kaufmannes (Art. 282) verlangt, sondern diejenige Sorgfalt, welche jeder Socius in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Diese subjektive Deligenz kann denkbarer Weise bei einem Gesellschafter das gewöhnliche objektive Maß der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmannes theils übersteigen, theils kann dieselbe geringer als dieses Maß sein.

Ein Gesellschafter kann dem anderen nicht zumuthen, daß er im gemeinschaftlichen Interesse mehr Fleiß und Sorgfalt aufwendet, als er in seinen eigenen Angelegenheiten aufzuwenden gewohnt ist. Wer also in eigenen Angelegenheiten langsam und allzubedächtig ist, wer in eigenen Angelegenheiten schwer zu einem Entschlusse gelangt, dem wird man auch in Gesellschaftsangelegenheiten dieselbe Schwerfälligkeit nachsehen müssen [2]).

Gilt dies auch von der Verpflichtung der Gesellschafter zur Verschwiegenheit in Geschäftsangelegenheiten? Die Frage ist zu bejahen. Denn wenn auch die Verschwiegenheit im Allgemeinen zu den Pflichten der einzelnen Gesellschafter gehört (Brinckmann §. 39, VI), so kann dem einzelnen doch keine größere Verschwiegenheit zugemuthet werden als er in seinen eigenen Angelegenheiten bewahrt.

Allerdings schreibt der Art. 282 des HGB. vor, daß, wenn Jemand aus einem Geschäfte, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, unter dieser Sorgfalt die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, also die objektive Sorgfalt und zwar im kaufmännischen Sinne zu verstehen sei. Der preußische Entwurf (Art. 99) hatte diese Bestimmung auch auf das wechselseitige Verhältniß der Handelsgesellschafter unter einander angewandt, jedoch wurde der gemeinrechtliche Satz hier deshalb wiederhergestellt, weil die Handelsgesellschafter, wenn sie die Angelegenheiten der Gesellschaft führen, nicht blos fremde Geschäfte sondern zugleich ihre eigenen führen, sie stehen also mit nichten dem Verwalter fremden Vermögens oder dem Bevollmächtigten und Geschäftsführer in Angele-

---

[1]) Diligentia in concreto, diligentia rebus suis consueta. L. 72 D. Pro socio XVII, 2. L. 25 §. 16 Fam. ercisc. X, 2; Preuß. Landr. I, 17, §. 211.

[2]) Quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. L. 72 cit.

genheiten eines Dritten gleich (Art. 282), sondern sie sind Bevollmächtigte und Vollmachtgeber zugleich, und beides ist nicht zu trennen. Wollte man die Bestimmung des Art. 282 auf den Gesellschafter anwenden, so würde die Folge sein, daß derselbe nun auch zum höchsten Fleiße in eigenen Angelegenheiten gezwungen würde, eine Bevormundung, welche mit den Grundlagen des Privatrechtes unvereinbar ist.

Dies gilt auch von dem nicht firmirenden Gesellschafter, welcher kraft besonderen Auftrages für die Gesellschaft handelt[3]).

Dieser besondere Grad der Sorgfalt ist aber immerhin eine derartige Abweichung von der allgemeinen Regel über die Verantwortlichkeit aus einer Geschäftsführung, daß denjenigen, welcher sich auf eine sochen besonderen Grad gewohnter Sorgfalt zu seinen Gunsten beruft, auch die Beweislast seiner Behauptung trifft[4]).

Daß im Gesellschaftsvertrage ein höherer Grad von Sorgfalt verabredet und auferlegt werden kann, ist zweifellos[5]).

II. Auch die zweite Bestimmung des Artikels ist nicht neu, sondern entspricht sowohl dem römischen Rechte als den Partikularrechten. Ein Gesellschafter, welcher der Gesellschaft durch seinen Fleiß Vortheile verschafft hat, hat damit nur seine Verpflichtung als Socius erfüllt, folglich hat er keinen Anspruch darauf, daß diese Vortheile ihm bei Forderungen von Schadensersatz, welche die Gesellschaft gegen ihn erwirkt, in Gegenrechnung gestellt werden[6]).

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann übrigens von einem Verschulden des Gesellschafters dann keine Rede sein, wenn die sämmtlichen übrigen Gesellschafter die Vornahme der beschädigenden Handlung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt haben. Anders liegt aber der Fall, wenn nur einige, nicht alle Gesellschafter eine solche Genehmigung ertheilt haben, alsdann bleibt der Gesellschafter den übrigen nach Verhältniß ihrer Antheile am Gewinne und Verluste der Gesellschaft (Art. 109) verhaftet.

---

3) S. die Erläuterungen zu Art. 93 §. V und v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 1 f. gegen v. Hahn Art. 94 §. 3, welcher in diesem Falle gewöhnliche civilrechtliche Sorgfalt des Mandatars verlangt.

4) S. Koch zum Preuß. Landr. I, 17, §. 211 Anm. 30.

5) Vgl. die einzelnen Modalitäten bei v. Hahn §. 2 u. 4.

6) L. 25. D. Pro socio XVII, 2. L. 26 eod.: Et ideo si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia. Preuß. Landr. I, 17, §. 215. Code civil Art. 1850.

In anderen Fällen.

Die besondere Hervorhebung der anderen Fälle soll die Annahme verhindern, daß eine Kompensation von Schaden und besonderem Vortheile auch bei einem und demselben einzelnen Geschäfte unzulässig sei; bei jedem einzelnen Geschäfte ist vielmehr hinsichtlich des Gewinnes oder Verlustes auf das Gesammtresultat zu sehen[7]). Der praktische Werth dieser Unterscheidung wird jedoch im einzelnen Falle immerhin zweifelhaft sein.

Art. 95.

Ein Gesellschafter, welcher seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt, oder eingenommene Gesellschaftsgelder nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert, oder unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, ist von Rechtswegen zur Entrichtung von Zinsen seit dem Tage verpflichtet, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Verpflichtung zum Ersatze des etwa entstandenen größeren Schadens und die übrigen rechtlichen Folgen der Handlung werden hierdurch nicht ausgeschlossen.

Pr. Entw. Art 100. — I. Entw. Art. 94. — II. Entw. Art. 94. — Protok. S. 181. f. 986.

I. Der Artikel unterscheidet drei Fälle, welche sich übrigens auf zwei reduziren: Nichtablieferung von Geldern, welche ein Gesellschafter einzuzahlen cder abzuliefern verpflichtet ist, und unbefugte Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse. In beiden Fällen wird der Gesellschafter als im Verzuge befindlich betrachtet, es findet der Grundsatz Anwendung Dies interpellat pro homine und der Gesellschafter haftet für das Interesse aus seinem Verzuge[1]). Das Interesse besteht bei Geldsummen in den Zinsen zu lechs Prozent (Art. 287). Diese Zinsen sind nur das geringste Maß des Schadens und die Liquidation eines größeren Schadensbetrages ist nicht ausgeschlossen, aber die Gesellschaft kann nach den hier zur Anwendung kommenden civilrechtlichen Grundsätzen neben den Zinsen nur den dieselben

---

[7]) Protok. S. 179, 180.

[1]) Vgl. Art. 288.

übersteigenden Betrag des Schadens fordern, die Zinsen werden eingerechnet oder die Gesellschaft darf überhaupt keine Zinsen, sondern nur den nachweisbaren Schadensbetrag fordern. (Vgl. auch Art. 283, 284)[2]). Besteht die Einlage oder der abzuliefernde Gegenstand nicht in Geld, so tritt an die Stelle der Zinsen das Interesse [3]).

II. Unbefugt ist die Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse dann nicht, wenn sich dieselbe innerhalb der im Art. 108 angegebenen Grenzen hält, vielmehr tritt in diesem Falle, wenn überhaupt von einer Zinsverbindlichkeit die Rede ist, die im Art. 106 vorgeschriebene Verzinsung zu vier Prozent ein [4]). Unbefugt ist die Entnahme ferner auch dann nicht, wenn dieselbe einen Bestandtheil der dem Gesellschafter zustehenden Geschäftsführung bildet, also wenn der geschäftsführende Gesellschafter seine fälligen Forderungen gegen die Gesellschaft durch Entnahme aus der Kasse der letzteren tilgt, wenn er ein verzinsliches Darlehen unter solchen Bedingungen ent immt, zu denen es ein Dritter ebenfalls erhalten haben würde [5]).

Die Verpflichtung zur Erstattung der Summe sammt Zinsen tritt übrigens für einen geschäftsführenden Gesellschafter in Folge seiner Verantwortlichkeit immer dann ein, wenn derselbe über den Verbleib einer bei der Gesellschaft eingegangenen Summe keine Rechenschaft geben kann; es muß alsdann bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen werden, daß der Gesellschafter die Summe in eigenem Interesse verwendet habe.

III. Daß übrigens wegen unbefugter Entnahme, sowie wegen Vorenthaltung von Geldern, ferner auch wegen Verweigerung der schuldigen Einzahlungen unter Umständen auch auf Auflösnng der Gesellschaft geklagt werden kann, ergibt sich aus Art. 125 [6]).

---

[2]) Ueber die Frage, ob das Beneficium competentiae, die Rechtswohlthat des Nothbedarfes, unter den Handelsgesellschaftern noch zur Anwendung komme, s. Endemann §. 40, III.

[3]) Endemann §. 40, II. Brinckmann §. 35. Anm. 6.

[4]) S. die Erläuterungen zu den Art. 106 u. 108.

[5]) v. Hahn §. 3 zu Art. 95

[6]) S. die Erläuterungen zu Art. 125.

Art. 96.

Ein Gesellschafter darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen.

Eine Genehmigung der Theilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter an jener Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehme, und gleichwohl das Aufgeben der Theilnahme nicht ausdrücklich bedungen worden ist.

Pr. Entw. Art. 101. — I. Entw. Art. 95. — II. Entw. Art. 95. — Prot. S. 183 f. 190, 986.

I. Mehr noch als andere Verträge beruht der Gesellschaftsvertrag auf der wechselseitigen bona fides, auf dem wechselseitigen Vertrauen, daß jeder Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft wie seine eigenen wahrnehmen werde [1]). Hiermit ist es unverträglich, daß ein Gesellschafter in demselben Handelszweige, welchen die Gesellschaft betreibt, für seine eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte abschließt, sei es einzeln oder gewerbsmäßig, und somit seiner eigenen Gesellschaft Konkurrenz macht [2]).

---

[1]) Motive zum preuß. Entwurfe Art. 101.

[2]) Gleichwohl war dieser Satz, welcher sich als eine Schlußfolgerung aus dem wechselseitigen Vertrauensverhältnisse der Gesellschafter (bona fides) darstellt, im älteren gemeinen Rechte nicht unbestritten. Vgl. Thöl §. 38 Nr. 4, der dem Gesellschafter gemeinrechtlich die Befugniß zuspricht, für sich auch mit den Handelsartikeln der Gesellschaft Handel zu treiben, ferner Heise, Handelsr. §. 51, Sintenis, d. prakt. gem. Civilrecht Bd. II. S. 702 Anm. 54 (2. Aufl.). Dagegen vertheidigten das Verbot Brinckmann §. 39 S. 150, Bender §. 149 Nr. 5; dasselbe war auch in das preuß. Landrecht II, 8, §. 636 f. übergegangen und nach den Bedürfnissen des Verkehrs ohne Rücksicht auf den juristischen, hier überall nur nach Lage der Sache anzuwendenden Satz In dubio pro libertate längst vor dem A. D. HGB. in die Gesellschaftsverträge aufgenommen worden. So enthält schon das Vertragsformular bei J. J. Beck, vollständiges Formular, 5. Aufl. Frankfurt und Leipzig 1759, S. 608 f. die Bestimmung, daß bei einer Konventionalstrafe

Andererseits geht aber die Verpflichtung der Gesellschafter nur auf Vermeidung dieser Konkurrenz. Es ist ihnen nur verboten, 1) im Handelszweige der Gesellschaft für ihre eigene Rechnung oder für Dritte Geschäfte zu machen, sowie es ihnen 2) auch nur verboten ist, an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offene Gesellschafter Theil zu nehmen. Der offene Gesellschafter in einem Kolonialwaarengeschäfte darf Geschäfte in Staatspapieren oder in landwirthschaftlichen Maschinen für eigene, wie für fremde Rechnung machen, er darf Prokurist oder offener Gesellschafter in einer Buchhandlung sein, ohne gegen das Verbot des Art. 95 zu handeln.

Durch diese nicht unerheblichen Einschränkungen unterscheidet sich das Verbot in Art. 96 von demjenigen gegen den Prokuristen in Art. 56.[3]) Der Prokurist ist seinem Prinzipale gegenüber zur Hingabe seiner ganzen Thätigkeit verpflichtet, nicht blos zur Vermeidung der Konkurrenz in einem bestimmten Geschäftszweige. Dasselbe gilt von demjenigen Handlungsbevollmächtigten, welcher zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellt ist, ohne Prokurist zu sein (Art. 56), sowie von den Handlungsgehülfen (Art. 59 u. 64 Abs. 2), auch die letzteren sind vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Hingabe ihrer gesammten Thätigkeit im Interesse des Prinzipals verpflichtet[4]). Für den offenen Gesellschafter dagegen besteht eine derartige Verpflichtung nicht; was er vermeiden soll, ist nur die eigene Konkurrenz im Handelszweige der Gesellschaft, im Uebrigen darf jeder Gesellschafter über seine freie Zeit zu seinem persönlichen Vortheile verfügen.

II. Anlangend die Theilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft, so ist dem offenen Gesellschafter nur verboten, daß er ohne Genehmigung seiner Mitgesellschafter an einer anderen gleichartigen Gesellschaft wiederum als offener Socius Theil nimmt. Dagegen kann er Mitglied einer gleichartigen Aktiengesellschaft und auch Kommanditist in einer Kommanditgesellschaft, sowie selbstverständlich auch stiller Gesellschafter (Art. 250) eines Dritten sein, denn als Aktionär und als Kommanditist legt er nur ein Kapital in die Gesellschaft ein und betheiligt sich jedenfalls nicht mit

---

von 1000 Thalern keiner der Gesellschafter Macht haben soll, „sich ohne seines Konsorten Konsens in andere Handlung oder Verbindnuß einzulassen, viel weniger für sich allein mit dergleichen und anderen Waaren zu handeln oder in Factorieen ihm allein etwas zuzueignen.“ Dieses vertragsmäßige Verbot geht weiter als das im Art. 96 des HGB's. enthaltene.

[3]) Vergl. Bd. I S. 411 §. 2.

[4]) Den einfachen Handlungsbevollmächtigten, sowie den Bevollmächtigten zu einzelnen Handlungen trifft das Verbot nicht. S. Bd. I S. 411.

seiner ganzen Persönlichkeit an der letzteren; als stiller Gesellschafter geht er überhaupt keine eigentliche Handelsgesellschaft ein. Aber in allen diesen Fällen muß er sich der Geschäftsführung für die gleichartige Aktien- oder Kommanditgesellschaft, an welcher er Theil nimmt, enthalten, sonst verstößt er gegen das andere Verbot des Art. 96 rücksichtlich des Abschlusses gleichartiger Handelsgeschäfte.

Hieraus folgt, daß ein offener Gesellschafter ohne Genehmigung seiner Mitgesellschafter, auch nicht Vorstand (Direktor, Direktionsmitglied) oder Handlungsbevollmächtigter einer gleichartigen Aktiengesellschaft oder Aktien-Kommanditgesellschaft sein kann, denn er würde alsdann in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte für Rechnung der fremden Gesellschaft abschließen und so der eigenen Gesellschaft Konkurrenz in ihrem Handelszweige machen. Ob dasselbe auch von der Mitgliedschaft im Verwaltungs- oder Aufsichtsrathe einer gleichartigen Aktiengesellschaft oder Aktien-Kommanditgesellschaft gilt, hängt davon ab, ob sich der Geschäftskreis des Verwaltungs- oder Aufsichtsrathes auf die Kontrole und Ueberwachung der Geschäfte beschränkt, wie dies die Art. 193 und 225 des HGB. vorschreiben, oder ob der Geschäftskreis durch die Statuten der Gesellschaft erweitert ist und die Mitglieder des Verwaltungsrathes zu einer Theilnahme an der Geschäftsführung verpflichtet oder ermächtigt sind; im letzteren Falle findet das Verbot des Art. 96 Anwendung. Derartige Bestimmungen, welche den Schwerpunkt der Geschäftsführung im Großen und Ganzen in den Verwaltungsrath legen, während die Direktion nur als das Organ für die Ausführung im Einzelnen gilt, finden sich namentlich in den Statuten solcher Aktiengesellschaften, welche vor dem allgemeinen deutschen HGB. gegründet worden sind[5]).

---

[5]) Statuten der Darmstädter Bank für Handel und Industrie vom Jahre 1853, §. 18: „Die Verwaltung (Verwaltungsrath) beschließt über die Anlegung der Fonds, sie bestimmt diejenigen Effekten, auf welche die Bank Vorschüsse leistet. Sie bestimmt den Zinsfuß, zu welchem die Bank diskontirt, Gelder in laufender Rechnung und gegen Schuldschein annimmt, sowie den Zinsfuß der Darlehen, welche die Bank macht, sie beschließt über alle wichtigen Verträge." §. 19: „Die Verwaltung (Verwaltungsrath) beschließt über Ankäufe und Verkäufe von Aktien, Obligationen und Effekten aller Art, über Submissionen von Anlehen und deren Realisirung, über Betheiligung bei Anlehen und Aktien-Emissionen." Es ist klar, daß für den offenen Gesellschafter eines Bankgeschäftes die Theilnahme an einem solchen Verwaltungsrathe unter das Verbot des Art. 96 fällt. Eine ganz an-

Man könnte geneigt sein, das Verbot im Art. 96 Abs. 2 noch auf ein anderes Motiv zurückzuführen. Wenn dem einzelnen Gesellschafter untersagt ist, ohne Genehmigung der anderen an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Socius Theil zu nehmen, so ist damit zugleich auch der weitere Vortheil erreicht, daß er ohne diese Genehmigung nicht die solidarische Haft bei einer anderen gleichartigen Gesellschaft übernehmen soll. Indeß ist dieser, die Kreditfähigkeit der einzelnen Gesellschafter berührende Gesichtspunkt bei Aufstellung des Verbotes nicht der maßgebende gewesen; wäre dieser Zweck der vorherrschende gewesen, so hätte das Verbot auf die Theilnahme an offenen Gesellschaften jeder Art ausgedehnt werden müssen [6]).

Da übrigens das Verbot des Art. 96 auf dem Vertrauensverhältnisse beruht, in welchem die einzelnen Gesellschafter zu einander und zur Gesellschaft stehen, so wird man in zweifelhaften Fällen nicht den bekannten Grundsatz anwenden können In dubio pro libertate, d. h. man wird im Zweifel nicht zu Gunsten des einzelnen Gesellschafters, welcher selbstständig Geschäfte treibt oder treiben will, sondern zu Gunsten der Gesellschaft erkennen, welche die selbständigen Geschäfte nicht dulden will.

III. Keinen Unterschied bringt es hervor, ob der Gesellschafter in der einen Gesellschaft oder in der Konkurrenz-Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist oder nicht; das Verbot des Art. findet in beiden Fällen Anwendung. Auch der nichtfirmirende Gesellschafter soll sich der geschäftlichen Konkurrenz mit der Gesellschaft enthalten; seine Kenntniß der Bücher und Verbindungen der Gesellschaft würden immerhin ausreichen, um der letzteren bei einer solchen Konkurrenz Schaden zu bringen, und diesem Verdachte soll er sich nicht aussetzen [7]). Es genügt für die Anwendbarkeit

---

dere Frage ist diese, ob die Gesellschafter ein Interesse daran haben, ihre Genehmigung zum Eintritte eines ihrer Associés in einen solchen Verwaltungsrath zu verweigern, weil diese Mitgliedschaft der Gesellschaft Schaden bringen könnte; dies ist eine reine Utilitätsfrage und die Erfahrung spricht eher für das Gegentheil

[6]) Ueber die Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes bei den Genossenschaften vgl. unten S. 157 §. VIII.

[7]) Das preußische Landrecht II, 8, §. 636 bestimmte das Gegentheil; auf den von der Geschäftsführung völlig ausgeschlossenen Gesellschafter sollte das Verbot keine Anwendung finden. Es wird jedoch nicht bezweifelt werden können, daß das Prinzip des HGB. das richtigere ist, es folgt aus dem Vertrauensverhältnisse, in welchem alle offenen Gesellschafter zu einander stehen.

des Verbotes, daß jemand offener Socius in einer Handelsgesellschaft ist, die Art seiner Betheiligung im Einzelnen kommt dabei nicht weiter in Betracht, denn die offene Handelsgesellschaft bringt stets ein persönliches Band unter den Gesellschaftern hervor und eben dadurch unterscheidet sie sich von der bloßen Kapitalgesellschaft. Eben so allgemein lautet das Verbot auch nach der anderen Seite; der offene Gesellschafter handelt auch dann noch gegen das Verbot, wenn er an einer Konkurrenzgesellschaft als offener Socius Theil nimmt, ohne die Geschäfte zu führen.

IV. Handelszweig der Gesellschaft.

Fehlt es an einer vertragsmäßigen Bestimmung über den Handelszweig der Gesellschaft, so entscheidet der thatsächliche Geschäftsbetrieb. Auch in diesem Falle ist der Begriff der gleichartigen Geschäfte noch festzuhalten. Nicht aber ist der Mangel einer vertragsmäßigen Bestimmung über den Handelszweig dahin auszulegen, daß der Geschäftskreis der Gesellschaft, weil er vertragsmäßig nicht beschränkt sei, auch alle denkbaren Handelszweige umfasse und mithin der einzelne Gesellschafter überhaupt keine Handelsgeschäfte neben der Gesellschaft betreiben könne [8]). Eine derartige Forderung würde zu einer Gleichstellung des offenen Gesellschafters mit dem Prokuristen führen (Art. 56), welche, da sie von den thatsächlichen Verhältnissen der Gesellschaft absieht, ihrerseits gegen das wechselseitige Vertrauensverhältniß verstößt, auf welchem die Gesellschaft und auch das Verbot des Art. 96 selbst beruht. Denn wenn auch dieses Verbot, wie bereits ausgeführt ist, im Zweifel zu Gunsten der Gesellschaft, nicht des einzelnen Gesellschafters, auszulegen ist, so ist dies doch nur unter der Voraussetzung zu verstehen, daß es sich um die engere oder weitere Auslegung des Begriffes der gleichartigen Geschäfte (Konkurrenzgeschäfte) handelt, nicht aber darf bei der Auslegung des Artikels von dem Erfordernisse der Gleichartigkeit ganz abgesehen werden, soweit nicht besondere vertragsmäßige Bestimmungen dazu berechtigen (s. §. V).

Der thatsächliche Betrieb der Gesellschaft wird aber auch dann noch in Betracht gezogen werden müssen, wenn der Handelszweig derselben vertragsmäßig festgestellt ist. Denn der anfänglich verabredete Handelszweig kann thatsächlich geändert oder ausgedehnt worden sein, das Speditionsgeschäft der Gesellschaft kann sich in ein Bankgeschäft verwandelt haben, das

---

[8]) Die Motive zum preuß. Entwurfe Art. 101 heben das Ungerechtfertigte einer solchen Auslegung, welche in der That in das spanische Handelsgesetzbuch (Art. 313 f.) übergegangen ist, ausdrücklich hervor.

Materialwaarengeschäft kann allmählich mit einem Eisenhandel verknüpft worden sein, eine gemeinschaftliche Eisengießerei sich zu einer Maschinenfabrik ausgedehnt haben. In allen solchen Fällen würde es gegen die bona fides verstoßen, wollte der einzelne Gesellschafter, um das Verbot des Art. 96 zu umgehen, sich lediglich auf die ursprüngliche Verabredung berufen und die unter gegenseitigem Einverständnisse thatsächlich eingetretenen, also auf einem stillschweigenden Vertrage beruhenden Aenderungen des Gesellschaftszweckes übersehen.

V. Vertragsmäßige Ausdehnung oder Beschränkung des Verbotes.

Da der Art. 96 zu denjenigen gehört, welche das Verhältniß der Gesellschafter unter einander betreffen, so ist es zufolge der allgemeinen Vorschrift des Art. 90 *) den Parteien unbenommen, das Verbot des eigenen Geschäftsbetriebes der einzelnen Gesellschafter vertragsmäßig weiter auszu dehnen oder zu beschränken. Der Fall der Beschränkung ist im Art. selbst vorgesehen, indem derselbe bestimmt, daß die übrigen Gesellschafter ihre Genehmigung zur Vornahme eines sonst verbotenen Geschäftes des einzelnen Socius ertheilen können. Eine derartige Genehmigung kann auch im Voraus ertheilt werden (s. §. VI).

Allein auch die vertragsmäßige Ausdehnung des Verbotes ist gestattet. Die Gesellschafter können verabreden, daß sich ohne Genehmigung der übrigen jeder oder einzelne von ihnen des selbstständigen Betriebes von Handelsgeschäften aller Art, nicht blos von Konkurrenzgeschäften, enthalten sollen oder daß sie, wie der Prokurist und der Handlungsgehülfe, ihre ganze persönliche Thätigkeit, mit Ausschluß aller eigenen Geschäfte, dem Betriebe der Gesellschaft widmen wollen. Oder es können bestimmte Geschäftszweige und Arten von Geschäften bezeichnet werden, deren sich alle oder einzelne Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft enthalten und die sie eventuell der Gesellschaft zuweisen wollen. So kann der Associé einer Buchhandlung sich seinem Mitgesellschafter gegenüber verbindlich machen, sein bisher betriebenes Eisenwaarengeschäft aufzugeben, oder der Kaufmann und Kommissionär, welcher als offener Gesellschafter in eine Baumwollenspinnerei eintritt, verpflichtet sich, alle bei ihm eingehenden Waarenbestellungen aus Amerika nicht für eigene Rechnung auszuführen, sondern sie der Gesellschaft zu überweisen, welche sich dadurch Rimessen für ihre Baumwolleneinkäufe verschaffen will.

---

*) Vgl. die Erläuterungen zu Artikel 90.

Endlich kann das in Art. 96 enthaltene Verbot, welches die Gesellschafter selbstverständlich nur für die Dauer der Gesellschaft trifft, vertragsmäßig auch über die Dauer der Gesellschaft hinaus ausgedehnt werden. Es kann vorkommen, daß ein Techniker, welcher als offener Gesellschafter eines Kapitalisten eine gemeinschaftliche Fabrik eingerichtet hat, sich verpflichtet, während einer bestimmten Zeit nach seinem eventuellen Austritte aus der Gesellschaft, nicht eine zweite gleichartige Fabrik einzurichten oder zu betreiben. Von derartigen Verträgen, deren Gültigkeit nicht zu bezweifeln ist, gilt dasselbe, was zu Art. 59 über die Verträge der Handlungsgehülfen bemerkt ist [10]).

VI. Genehmigung der anderen Gesellschafter.

1) Die Genehmigung kann eine ausdrückliche und eine stillschweigende, eine vorhergehende und eine nachfolgende sein. Und zwar ist nicht blos die Einwilligung der geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich, sondern auch diejenige der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen; der Artikel enthält keine Unterscheidung in dieser Beziehung und das Interesse ist für alle Gesellschafter dasselbe [11]).

Ob und wann die stillschweigende Genehmigung als erfolgt anzunehmen sei, ist nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden, sie muß aus diesen Umständen deutlich hervorgehen.

Einen einzelnen Fall der stillschweigenden Genehmigung hebt der Absatz 2 des Art. besonders hervor, derselbe betrifft die thatsächliche Theilnahme eines Gesellschafters an einer gleichartigen offenen Handelsgesellschaft vor Errichtung der neuen Gesellschaft. War diese Theilnahme den übrigen Gesellschaftern, mit denen die neue Gesellschaft errichtet wird, vor Errichtung der letzteren bekannt, und haben dieselben gleichwohl das Aufgeben der ersten Gesellschaft nicht ausdrücklich gefordert, so gilt dieses Stillschweigen als Genehmigung des Fortbestandes der ersten Gesellschaft. Dieser Fall gehört also zu denjenigen, in welchen der Satz: Qui tacet consentire videtur schon kraft Gesetzes zur Anwendung kommt [12]).

---

[10]) Vgl. Bd. I S. 430.

[11]) So auch v. Hahn §. 2 zu Art. 96. S. auch Anm. 2.

[12]) Noch weiter ist diese Präsumtion ausgedehnt im k. sächsischen Einf.-Gesetz §. 9, indem dasselbe verordnet, daß die Bestimmungen der Art. 96 und 97, wonach ein offener Gesellschafter an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter nicht theilnehmen darf, auf die Fälle keine Anwendung finden soll, in welchen diese Theilnahme bereits zu dem Zeitpunkte, zu welchem das HGB. in Kraft trat, bestanden hat.

2) Andererseits aber hat das bloße Stillschweigen, also der Mangel einer ausdrücklichen Erklärung Seitens der übrigen Gesellschafter, diese Folge kraft Gesetzes nur in dem in Abs. 2 des Art. erwähnten Falle, welcher die Fortsetzung einer gleichartigen Handelsgesellschaft betrifft [13]). Hieraus folgt nun aber nicht, daß in den übrigen Fällen die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung ausgeschlossen sei, sondern es folgt daraus nur, daß in den übrigen Fällen die Genehmigung nicht schon kraft Gesetzes aus dem bloßen Stillschweigen geschlossen werden soll, vielmehr müssen alsdann noch die anderweitigen begleitenden Umstände von der Art sein, daß aus ihnen auf die Absicht der Gesellschafter geschlossen werden kann, daß sie dem Mitgesellschafter den Betrieb oder den Abschluß von Konkurrenzgeschäften haben gestatten wollen. Für diese Auffassung spricht auch die Analogie des Art. 7 Abs. 2, welcher für den Geschäftsbetrieb der Ehefrau bestimmt:

Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt [14]).

Man wird nicht sagen können, daß die an sich wichtigere, weil auf dem Familienrechte ruhende Einwilligung des Ehemannes leichter vermuthet werden dürfe, als die Genehmigung der Gesellschafter in einer offenen Handelsgesellschaft.

Verlegt also der Associé einer Verlagsbuchhandlung ein Werk für eigene Rechnung oder betreibt ein Cigarrenfabrikant, nachdem er sich als offener Gesellschafter an einer anderen Cigarrenfabrik betheiligt hat, seine

---

[13]) Der Abs. 3 des Art. lautete im preußischen Entwurfe (Art. 101) allgemeiner: „Hat jedoch ein Gesellschafter schon vor dem Eintritte in die Gesellschaft Geschäfte in dem Handelszweige derselben betrieben oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil genommen, und konnte dies den übrigen Gesellschaftern nach Lage der Sache nicht unbekannt sei, so ist er zur Fortsetzung des Geschäftes und zur Theilnahme an der anderen Gesellschaft berechtigt, sofern nicht ausdrücklich ein Anderes ausbedungen ist." Ebenso bestimmte das preußische Landrecht II, 8, §. 637 ganz allgemein: „Hat aber ein Gesellschafter schon zur Zeit seiner Aufnahme in die Societät seine eigene Handlung gehabt, so kann er sie fortsetzen, insofern die Niederlegung derselben nicht ausdrücklich vorbedungen worden." Bei der Berathung wurde aber die umgekehrte Regel vertheidigt, daß der Gesellschafter zur Fortsetzung des eigenen Geschäftes die ausdrückliche Bewilligung der Mitgesellschafter haben müsse (Prot. S. 190, 988) und die stillschweigende Genehmigung wurde dem Wortlaute nach auf den im Art. erwähnten Fall beschränkt.

[14]) Vgl. Bd. I S. 59.

eigene Fabrik weiter, oder legt derselbe nach dem angegebenen Zeitpunkte eine Cigarrenfabrik für eigene Rechnung an, so genügt das bloße Stillschweigen der übrigen Gesellschafter zu diesen Handlungen an und für sich noch nicht, um eine stillschweigende Genehmigung daraus zu folgern. Allein es kann aus dem ganzen thatsächlichen Verlaufe und Zusammenhange der Angelegenheit in Verbindung mit dem Stillschweigen der übrigen Gesellschafter allerdings hervorgehen, daß die letzteren ihre Zustimmung zu dem betreffenden Geschäfte ihres Mitgesellschafters haben ertheilen wollen, mag dies nun ein neu abgeschlossenes Einzelgeschäft oder ein neu errichtetes oder fortgesetztes Handelsgewerbe sein [15]).

VII. Kann ein Gesellschafter auf Ertheilung der Genehmigung gerichtlich klagen, wenn er sich zum Beweise darüber erbietet, daß durch das von ihm in Aussicht genommene Handelsgeschäft kein Schaden für die Gesellschaft entstehe? Die Frage ist zu verneinen; die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung ist eine solche innere Angelegenheit der Gesellschaft, bei welcher eine gerichtliche Einmischung nicht stattfindet [16]). Die Motive (S. 56) heben hervor, daß von einer entgegenstehenden Vorschrift im Entwurfe absichtlich Umgang genommen worden sei, weil dieselbe nur zu Weiterungen und Chikanen führen würde und sich die Unschädlichkeit eines Handelsgeschäftes des einzelnen Gesellschafters nicht im Voraus mit Sicherheit behaupten und noch weniger beweisen lassen könne.

Dies gilt jedoch nur von dem Falle, wenn es sich um die Verweigerung der Genehmigung zu einem gleichartigen Handelsgeschäfte, also zu einem solchen Geschäfte handelt, zu welchem es für den einzelnen Gesellschafter einer Genehmigung an sich bedarf. Nur diese Genehmigung kann durch einen richterlichen Spruch nicht ersetzt werden. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn die Mitgesellschafter Widerspruch gegen ein Geschäft erheben, welches nach der Ansicht des Gesellschafters nicht unter das Verbot des Art. 96 fällt, weil es entweder nicht zum Handelszweige der Gesellschaft gehört oder weil es überhaupt kein Handelsgeschäft ist; über diese Fragen ist der Rechtsweg zulässig.

VIII. Von prinzipieller und zugleich von praktischer Wichtigkeit ist die

---

[15]) Derselben Ansicht ist v. Kräwel zu Art. 96 Anmerk., welcher mit Recht auch auf die Analogie des Art. 56 aufmerksam macht. Die Berufung auf die Nürnberger Protokolle allein (s. Anm. 14) kann hier nicht entscheiden.

[16]) Vgl. Treitschke, Erwerbsgesellschaft §. 28. Das spanische HGB. (Art. 313) läßt die Klage zu.

Frage, ob das Verbot des Art. 96 auch auf die wirthschaftlichen Genossenschaften anwendbar ist.

Hat eine Genossenschaft die rechtliche Natur einer offenen Handelsgesellschaft, so findet das Verbot sofort Anwendung, die einzelnen Mitglieder dürfen dann 1) ohne Genehmigung der übrigen keine Geschäfte im Handelszweige der Genossenschaft machen, und zwar weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten, weder gewerbsmäßig noch als Einzelgeschäfte, und sie dürfen 2) ohne Genehmigung der übrigen auch nicht an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offene Gesellschafter Theil nehmen, also auch nicht an einer anderen Genossenschaft, wenn diese ebenfalls den Rechtscharakter einer offenen Handelsgesellschaft hat. Ob und wann eine Genossenschaft als offene Handelsgesellschaft anzusehen ist, bestimmt sich nach den in der Einleitung zu diesem Titel des HGB. aufgestellten Grundsätzen[17]).

Da nach diesen Grundsätzen die Produktivgenossenschaften in der Regel offene Handelsgesellschaften sind, so wird auch das Verbot des Art. 96 bei ihnen in der Regel Anwendung finden und es erscheint dies bei dieser Art industrieller Vereinigungen auch völlig sachgemäß[18]). Nicht im gleichen Grade sachgemäß erscheint dagegen die Anwendung des Verbotes auf andere Arten von Genossenschaften, wenn dieselben ihrer besonderen Verhältnisse wegen als Handelsgesellschaften angesehen werden müssen. Wenn ein aus Hunderten von Mitgliedern bestehender Vorschußverein deßhalb, weil er auch an Nichtmitglieder Darlehen gibt, als offene Handelsgesellschaft betrachtet werden muß, so ist allerdings der Art. 96 des HGB. dem Wortlaute nach auf die Vereinsmitglieder anwendbar; dies würde aber zu der Konsequenz führen, daß kein Mitglied, ohne Genehmigung der anderen, Bankgeschäfte für eigene oder für fremde Rechnung treiben dürfte, weil der einzelne sich der Konkurrenz in dem Handelszweige der Gesellschaft enthalten soll. Formell ist dies zweifellos richtig, materiell aber entspricht es nicht den Zwecken solcher Genossenschaften, und es würde die Aufgabe der Statuten sein, das Verbot in solchen Fällen auf das richtige Maß zurückzuführen. Zugleich liegt hierin ein weiterer Beweis dafür, zu welchen Unzuträglichkeiten es führt, wenn man die eigenartigen wirthschaftlichen Genossenschaften einfach nach der Schablone der offenen Handelsgesellschaften behandeln will.

Bei denjenigen Genossenschaften, welche juristisch nicht als offene Handelsgesellschaften betrachtet werden können, findet auch das Verbot des

---

[17]) Vgl. oben S. 27 f., 58 f.

[18]) S. oben S. 20 f.

Art. 96 keine Anwendung. Dies gilt nun insbesondere für diejenigen Gesellschaften, welche sich durch die erfolgte Eintragung in das Genossenschaftsregister dem preußischen Genossenschaftsgesetze vom 27. März 1867 oder einem ähnlichen Spezialgesetze unterstellt haben. Bei diesen Genossenschaften müßte das Verbot entweder aus dem allgemeinen Civilrechte begründet werden können, und dies würde doch nur unter ganz besonderen Voraussetzungen der Fall sein, oder es müßte das Verbot in das Spezialgesetz übergegangen sein, und dies ist wenigstens in dem preußischen Genossenschaftsgesetze nicht der Fall [19]), oder aber das Verbot müßte in den Statuten der Genossenschaft enthalten sein. In der That haben in der neueren Zeit einzelne Vorschußvereine damit begonnen, in ihre Statuten gewisse Bestimmungen aufzunehmen, welche dem Verbote im Art. 96 des HGB. sehr nahe kommen, aber gleichwohl auf einer anderen Grundlage beruhen. Diese Bestimmungen lauten:

„Nur mit besonderer und ausdrücklicher Genehmigung des Vorstandes und Verwaltungsrathes darf Jemand Mitglied zweier Vorschußvereine sein. Verheimlichung der doppelten Mitgliedschaft zieht den Ausschluß aus dem Vereine nach sich.“

Andere Statuten begnügen sich mit der bloßen Anzeige der Theilnahme an einem anderen Kreditvereine, ohne daß eine Genehmigung erforderlich ist.

Bei den Vorschuß- und Kreditvereinen haben nun aber derartige Beschränkungen nicht den gleichen Zweck wie der Art. 96 des HGB.; denn nicht die Vermeidung einer Konkurrenz in dem Geschäftszweige der Genossenschaft ist es, welche die Vereine hierbei im Auge haben, sondern eine schärfere Kontrole über die Kreditfähigkeit der Mitglieder. Wer gleichzeitig mehreren Vorschußvereinen mit solidarischer Haft angehört, übernimmt ein mehrfaches Risiko und es ist zweifellos, daß dieser Umstand von Einfluß auf seine eigene Kreditfähigkeit einem bestimmten Vereine gegenüber sein kann. Da aber andererseits ein Kreditverein seinen Mitgliedern weder das Schuldenmachen noch die Uebernahme von Bürgschaften für Dritte, noch endlich die Theilnahme als offener Gesellschafter bei gewöhnlichen Handelsgesellschaften oder an Genossenschaften anderer Art (Rohstoffvereinen, Produktivgenossenschaften, Konsumvereinen) untersagt und auch nicht untersagen wird, so ergibt sich, daß die Bedingung einer förmlichen Genehmigung für die Theilnahme an einem anderen Vor-

[19]) Ebensowenig in dem bayerischen Entwurfe eines Gesetzes, die Privatrechtsverhältnisse der Genossenschaften betreffend, welcher im Januar 1868 dem Landtage vorgelegt worden ist.

schußvereine eine so erhebliche Beschränkung enthält, daß dieselbe in keinem Verhältnisse zu dem zu erreichenden Zwecke steht, und es erscheint genügend, wenn man nur die Anzeige einer solchen anderweitigen Mitgliedschaft vorschreibt.

Art. 97.

Ein Gesellschafter, welcher den vorstehenden Bestimmungen zuwiderhandelt, muß sich auf Verlangen der Gesellschaft gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden; auch kann die Gesellschaft statt dessen den Ersatz des entstandenen Schadens fordern, alles dieses unbeschadet des Rechtes, die Auflösung des Gesellschaftsvertrages in den geeigneten Fällen herbeizuführen.

Das Recht der Gesellschaft, in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten oder Schadensersatz zu fordern, erlischt nach drei Monaten, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntniß erhalten hat.

Preuß. Entw. Art. 101. — I. Entw. Art. 96. — II. Entw. Art. 96. — Prot. S. 186—191, 269, 989, 4519.

I. Uebertritt ein Gesellschafter das im Art. 96 enthaltene allgemeine Verbot, so hat die Gesellschaft die Wahl zwischen mehreren Klagen gegen denselben. Der Artikel zählt drei verschiedene Klagen auf, welche der Gesellschaft oder beziehungsweise den übrigen Gesellschaftern, zum Theile elektiv zum Theile kumulativ zustehen. Außerdem steht der Gesellschaft noch eine vierte Klage zu, welche der Artikel nicht erwähnt (s. §. II).

Die Gesellschaft hat nach dem Artikel die Wahl, ob sie 1) in die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte des Gesellschafters eintreten, oder ob sie 2) statt dessen Schadensersatz von ihm fordern will. Mit der einen oder anderen Klage kann die Gesellschaft 3) auch die Klage auf Auflösung der Gesellschaft, oder auf den Austritt des Socius aus der Gesellschaft verbinden (Art. 125, 127), oder sie kann sich überhaupt auf diese Auflösungsklage gegen den Socius beschränken.

Wenn die Privatgeschäfte, die der Socius geschlossen hat, nicht für eigene Rechnung, sondern für Rechnung Dritter waren, oder wenn der Gesellschafter ohne Genehmigung an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Socius Theil nimmt, so steht der Gesellschaft nur die Schadensersatzklage und die Klage auf Auflösung der Gesellschaft zu, nicht aber das Recht des Eintrittes in die vom Associé geschlossenen Geschäfte selbst. Der Artikel 97 beschränkt diesen Eintritt auf die ohne Genehmigung für eigene Rechnung geschlossenen Geschäfte des Socius. Die für Rechnung Dritter, also auch die für eine andere Gesellschaft, an welcher der Associé gegen das Verbot des Art. 96 etwa Theil nimmt, geschlossenen Geschäfte bleiben also jedenfalls an sich unberührt, und sind definitiv für die Dritten geschlossen, unbeschadet des persönlichen Anspruches der Gesellschafter auf Schadensersatz und auf Auflösung der Gesellschaft gegen den das Verbot übertretenden Associé.

Hat also die Gesellschaft bei solchen eigenen Privatgeschäften, welche ein Mitgesellschafter gegen das Verbot in Art. 96 abgeschlossen hat, die Wahl zwischen der Uebernahme des Geschäftes und der Schadensersatzklage, so kann sie dagegen nicht von beiden Rechten zugleich Gebrauch machen wollen, sie kann also nicht auf Herausgabe des gemachten Gewinnes und zugleich noch auf Schadensersatz klagen, beide Rechte stehen ihr nur elektiv, nicht kumulativ zu. Die Fassung des Art. 97 weicht in dieser Beziehung von der Fassung des analogen Artikels 56 §. 3 ab. Denn im Falle des letzteren Artikels steht dem Prinzipale die Schadensersatzklage gegen den Prokuristen und die Uebernahme des Geschäftes d. h. auch die Klage auf Herausgabe des Gewinnes gleichzeitig zu. Dagegen enthält der Art. 97 die Worte *statt dessen*, welche in Art. 56 Abs. 3 fehlen. Dieser Verschiedenheit war man sich bei der Berathung des Art. 97 in der Nürnberger Konferenz vollkommen bewußt, denn der von einem Konferenzmitgliede gestellte Antrag, im Art. 97 für die Worte *statt dessen* das Wort *außerdem* zu setzen, wurde abgelehnt, weil man die hier in Rede stehenden Verhältnisse mit den im Art. 56 entschiedenen nicht für vollkommen gleich hielt [1]).

II. Eine vierte der Gesellschaft ebenfalls zustehende Klage, welche der Art. 97 nicht erwähnt, ist diejenige, welche auf Unterlassung des eigenen Geschäftsbetriebes gerichtet ist.

Wenn ein Gesellschafter gegen das Verbot des Art. 96 ein Geschäft für eigene Rechnung in dem Handelszweige der Gesellschaft betreibt, so

---

[1]) Protok. S. 189.

können die anderen Gesellschafter gegen ihn vor Allem auf Einstellung dieses Betriebes, auf Schließung des Etablissements und des Geschäftes klagen, sie brauchen sich nicht auf die Schadensersatzklage oder auf die Uebernahme der einzelnen Geschäfte verweisen zu lassen[2]). Der Art. 96 hat außer den in Art. 97 angegebenen Folgen noch die allgemeine rechtliche Wirkung, daß auf Erfüllung der in demselben vorgezeichneten Verbindlichkeiten geklagt werden kann; mit der Verletzung dieser Verbindlichkeiten ist unmittelbar die Erfüllungsklage gegeben, und die Erfüllung besteht hier eben in der Einstellung des verbotenen Geschäftsbetriebes sowie eventuell im Austritte aus der fremden Handelsgesellschaft.

III. Anlangend die Uebernahme des Geschäftes für Rechnung der Gesellschaft, so muß die Frage aufgeworfen werden, welches die Stimmen sind, die hierbei entscheiden sollen. Zunächst steht so viel fest, daß allerdings der Widerspruch eines Einzelnen gegen die Vornahme des Geschäftes den Abschluß desselben für alleinige Rechnung des Socius auch dann noch hindert, wenn alle übrigen Gesellschafter ihre Genehmigung ertheilt haben. Der widersprechende Socius stützt sich einfach auf den Gesellschaftsvertrag und auf das strikte Verbot in Art. 96. Dieselbe Wirkung hat nun aber der Widerspruch eines einzelnen Socius auch bei der Frage der Uebernahme des Geschäftes für Rechnung der Gesellschaft. Hier entscheidet die Bestimmung des Art. 102 Abs. 2: Erhebt ein Gesellschafter gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch, so muß dieselbe unterbleiben. Besteht also die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, und erhebt einer der Gesellschafter gegen die Uebernahme Widerspruch, so muß die Uebernahme unterbleiben, denn die Uebernahme eines solchen Geschäftes ist ihrem Wesen nach identisch mit der Vornahme einer Handlung für Rechnung der Gesellschaft und was von der Vornahme von Geschäften gilt, gilt auch von der Uebernahme. Nur der dem Verbote zuwiderhandelnde Gesellschafter hat hierbei kein Widerspruchsrecht und kein Stimmrecht.

Hieraus folgt aber weiter, daß die Uebernahme des Geschäftes für die Gesellschaft schon dann gehindert ist, wenn auch nur ein einziger der Gesellschafter seine Genehmigung zu dem Privatgeschäfte des Socius vorher oder nachher ertheilt hat.

Bei der Berathung des Artikels wurde ausdrücklich von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Stimmen derjenigen Gesellschafter, welche ihre Genehmigung zu dem Privatgeschäfte ertheilt hatten, nicht etwa unberücksichtigt

---

[2]) Vgl. v. Völderndorff in Busch' Archiv Bd. I S. 281.

bleiben, sondern mitgezählt werden; geschieht dies aber, so wird dadurch die Uebernahme des Geschäftes für die Gesellschaft verhindert, wie ja auch die Vornahme eines Geschäftes durch den Widerspruch eines einzigen geschäftsführenden Socius gehindert werden kann (Art. 100 Abs. 2, 102 Abs. 2). Nur ist derjenige Socius, welcher von dem Privatgeschäfte Kenntniß erhält und dasselbe für Rechnung der Gesellschaft übernehmen will, nicht verpflichtet, die übrigen Gesellschafter vorher zu befragen, denn aus dem Widerspruchsrechte der übrigen geschäftsführenden Socii, welches dieselben nach Art. 100 und 102 haben, folgt nicht auch eine Verpflichtung des handelnden Gesellschafters, die von ihm vorzunehmenden Handlungen den Mitgesellschaftern vorher mitzutheilen. Eine solche Mittheilungs- und Anzeigepflicht kann nur durch besondere Verabredung eingeführt werden, sie besteht außerdem in den Ausnahmefällen des Art. 103.

Daß die Uebernahme des Geschäftes nur durch einen der geschäftsführenden Socii erfolgen kann, nicht auch durch einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, ergibt sich daraus, daß die Uebernahme immer nur in Vertretung der Gesellschaft geschehen kann, zwischen der Uebernahme und dem direkten Abschlusse eines Geschäftes für Rechnung der Gesellschaft besteht in dieser Beziehung kein Unterschied.

Die inneren Widersprüche, welche in allem diesen auf den ersten Anblick zu liegen scheinen, lösen sich dadurch, daß zwischen der Uebernahme des Geschäftes einerseits und dem Rechte auf Schadensersatz sowie der Auflösungsklage andererseits zu unterscheiden ist. Kann die bereits vorher oder nachher ertheilte Genehmigung eines Gesellschafters zu dem Privatgeschäfte des anderen die Uebernahme des Geschäftes für Rechnung der Gesellschaft verhindern, so sind die übrigen Gesellschafter dadurch nicht auch an der Anstellung der persönlichen Schadensersatzklage und der Auflösungsklage gehindert. Besteht also die Gesellschaft aus drei Theilhabern, und der erste Theilhaber hat mit Genehmigung des zweiten ein solches privatives Geschäft geschlossen, so kann der dritte Theilhaber sowohl die Auflösungsklage als die persönliche Schadensersatzklage gegen den ersten Socius anstellen; der von ihm erlittene Schaden wird in der Regel darin bestehen, daß ihm sein persönlicher Gewinnantheil, d. h. der dritte Theil des Gewinnes aus dem privativen Geschäfte entgangen ist, diesen Gewinnantheil kann er mit der Schadensersatzklage einklagen. Die Uebertretung des in Art. 96 enthaltenen Verbotes enthält eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages und gibt jedem einzelnen Gesellschafter ein selbstständiges Klagerecht von bestimmtem Inhalte: die Auflösungsklage und die Schadensersatzklage. Bei der Anstellung dieser Klagen

ist der eine Socius an die Zustimmung oder an den Widerspruch der anderen nicht gebunden [3]).

Wenn also von mehreren Mitgesellschaftern der eine seine Genehmigung zu dem Privatgeschäfte ertheilt, der andere nicht, so enthält jene Genehmigung zugleich einen Verzicht auf den Antheil am Gewinne aus dem genehmigten Geschäfte zu Gunsten desjenigen Socius, welcher das Geschäft abschließt.

IV. Schadensersatz.

Bei der Abschätzung des Schadens ist der Richter an die Regeln der formalen Beweistheorie nicht gebunden, vielmehr findet die Vorschrift des Art. 27 des HGB.:

> Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen

auch hier Anwendung. Es ist jedoch Sache der Parteien, dem Richter die erforderlichen Unterlagen für die Abschätzung zu gewähren [4]).

V. Die Strafbestimmungen des Art. 97 finden nur in dem Falle Anwendung, wenn das für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten geschlossene Geschäft des Socius zum Handelszweige der Gesellschaft gehört oder wenn die fremde Gesellschaft, an welcher er als offener Socius ohne Genehmigung Theil nimmt, eine gleichartige ist. S. die Erläuterungen zu Art. 96.

Wenn dagegen das in Rede stehende Geschäft dem Handelszweige der Gesellschaft fremd, oder wenn die fremde Gesellschaft, an welcher der Socius Theil nimmt, eine ungleichartige ist, d. h. wenn sie einen anderen Handelszweig betreibt, so treten auch die im Art. 97 ausgesprochenen Folgen nicht ein. Wenn also der offene Gesellschafter einer Verlagsbuchhandlung ohne Genehmigung seiner Mitgesellschafter eine Spekulation für eigene Rechnung in Kolonialwaaren oder in Getreide macht, so ist derselbe

---

[3]) Dagegen unterscheidet v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 13 zwischen der Schadensersatzklage und der Auflösungsklage. Letztere soll jedem Gesellschafter individuell zustehen, erstere nur der Gesellschaft. Allein neben der der Gesellschaft als solcher zustehenden Schadensersatzklage steht dem einzelnen Gesellschafter für seine Person ebenfalls ein Anspruch auf Schadensersatz zu, welchen er geltend machen kann, wenn die Gesellschaft ihren Anspruch nicht verfolgt. S. auch Protok. S. 187 Abs. 2 a. E.

[4]) S. die Erläuterungen zu Art. 27 im I. Bde., ferner Anschütz in der preußischen Anwaltszeitung 1864 Nr. 3 und Zink, über die Ermittelung des Sachverhaltes im franz. Civilprozesse, 2 Bde., München 1860.

nicht verpflichtet, dieses Geschäft auf Verlangen der Gesellschaft an die letztere zu überlassen.

Ebensowenig kann wegen solcher Handlungen an und für sich auf Auflösung der Gesellschaft geklagt werden, die Einrede Feci sed jure feci würde vielmehr auch hier durchgreifen. Hiermit soll aber nicht geleugnet werden, daß die Thatsache, daß ein offener Gesellschafter dauernd Privatgeschäfte für eigene oder für fremde Rechnung macht, wenn diese Geschäfte auch nicht zu dem Handelszweige der Gesellschaft gehören, wenigstens insofern, aber auch nur insofern einen Auflösungsgrund bilden kann, als mit einem solchen Verfahren im einzelnen Falle eine bedeutende Vernachlässigung der Geschäftsführung oder überhaupt derjenigen Pflichten verbunden sein kann, welche der Associé gegen die Gesellschaft hat (Art. 125, Nr. 3).

VI. Eigenthümlich liegt der Fall dann, wenn der offene Gesellschafter für seine eigene Rechnung ein Geschäft abgeschlossen hat, welches zwar dem Handelszweige der Gesellschaft nicht fremd ist, wohl aber über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht.

Wenn beispielsweise der offene Gesellschafter einer Verlagsbuchhandlung, welche mit einem beschränkten Kapitale arbeitet und regelmäßig nur Werke von geringerem Umfange verlegt, ein großes und kostspieliges Kupferwerk für seine eigene Rechnung verlegt, oder wenn der offene Associé eines Bankgeschäftes, welches nur Wechsel zu diskontiren pflegt, sich privatim und für eigene Rechnung an der Uebernahme einer bedeutenden Staatsanleihe betheiligt, so sind dies Geschäfte, welche dem Handelszweige der Gesellschaft zwar nicht fremd sind, wohl aber über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb derselben hinausgehen. Vor Abschluß solcher Geschäfte für Rechnung der Gesellschaft soll aber nach Art. 103 die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, auch der nicht firmirenden, eingeholt werden und diese Bestimmung wird auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn es sich nicht um die Vornahme sondern um die Uebernahme eines derartigen Geschäftes eines einzelnen Socius handelt.

Von praktischer Bedeutung kann dieser besondere Fall allerdings erst werden, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht; denn nur dann kann von dem in Art. 103 vorgeschriebenen Beschlusse der sämmtlichen übrigen Gesellschafter die Rede sein. Besteht die Gesellschaft dagegen nur aus zwei offenen Gesellschaftern, so kommt es auch für die Uebernahme solcher Geschäfte nur auf den Willen des anderen Socius an, da die Stimme desjenigen Associés, der das Verbot des Art. 96 übertreten hat, nicht in Betracht kommt. Daß aber die Gesellschaft überhaupt das Recht habe, auch in derartige private Geschäfte ihrer Theilhaber einzutreten, kann bei der Allgemeinheit des Verbotes in Art. 96 füglich nicht bezweifelt wer-

den. Dieser Artikel verbietet ganz allgemein, daß ein offener Socius ohne Genehmigung seiner Mitgesellschafter im Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung Geschäfte macht.

VII. In Betreff der Klage auf Auflösung der Gesellschaft enthält der Artikel nicht die Bestimmung, daß diese Klage ohne Weiteres aus der Uebertretung des in Art. 96 enthaltenen Verbotes folge, daß also auch die einmalige Uebertretung dieses Verbotes einen gesetzlichen Auflösungsgrund bilde, sondern die Worte des Artikels lauten dahin, daß die Mitgesellschafter nur das Recht haben, die Auflösung des Gesellschaftsvertrages in den geeigneten Fällen herbeizuführen. Hierin liegt ausgesprochen, daß nicht jede Uebertretung des in Rede stehenden Verbotes an sich schon ein Auflösungsgrund ist, sondern der Fall muß noch in anderer Weise dazu geeignet sein. Nach Art. 125 unterliegt die Beurtheilung der von einem Gesellschafter geltend gemachten Auflösungsgründe im Falle des Widerspruches dem richterlichen Ermessen; die Gründe sollen stets nur wichtige sein. Diese Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn aus Art. 97 auf Auflösung geklagt wird. Der Richter wird insbesondere zu prüfen haben, ob darin, daß ein Gesellschafter dem Verbote des Art. 96 entgegen ein Geschäft oder mehrere Geschäfte für eigene Rechnung geschlossen hat, zugleich eine unredliche Handlungsweise gegen die Gesellschaft liegt oder nicht (Art. 125 Nr. 2), ob die der Gesellschaft durch die eigenen Geschäfte des Associés bereitete Konkurrenz eine bedeutende oder unbedeutende, eine entschuldbare oder unentschuldbare ist, ob der Associé vielleicht zugleich das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatgeschäfte mißbraucht hat oder nicht (Art. 125 Nr. 4), ob der Gesellschafter über seinen eigenen Geschäften die Angelegenheiten der Gesellschaft vernachlässigt oder nicht.

Die Verschiedenheit zwischen der im Art. 97 statuirten Klage auf Auflösung der Gesellschaft und den beiden anderen in demselben Artikel erwähnten Rechten der Gesellschafter zeigt sich ferner auch noch darin, daß die Auflösungsklage nicht an die kurze Frist von drei Monaten gebunden ist, wohl aber das Recht der Gesellschaft zur Uebernahme des Privatgeschäftes des Socius sowie auch das Recht auf Schadensersatz, Art. 97 Abs. 2. Es erklärt sich dies eben daraus, daß die Auflösungsklage sich nicht auf das Faktum, daß ein Associé das Verbot des Art 96 übertreten habe, allein stützen soll, sondern nur insofern, als die eben angeführten begleitenden Umstände damit verbunden sind. Weitere Unterschiede zwischen der Auflösungsklage und den beiden anderen im Artikel erwähnten Befugnissen s. in Erläuterung III zu diesem Artikel.

VIII. Hatte ein Gesellschafter, im Falle die Gesellschaft aus mehr als

zwei Theilhabern besteht, die Genehmigung eines der Mitgesellschafter zu dem Privatgeschäfte erhalten, nicht aber die Genehmigung der übrigen, so kann die Uebernahme des Geschäftes für Rechnung der Gesellschaft überhaupt nicht erfolgen. Es genügt, daß einer der Socii seine Genehmigung ertheilt hatte, um den Gesellschafter zum Abschlusse des Geschäftes insofern zu legitimiren, als das Geschäft jedenfalls für Rechnung des Gesellschafters bestehen bleibt. Bei der Berathung der Art. 96 und 97 ist man ausdrücklich von dieser Voraussetzung ausgegangen; s. oben §. III.

IX. Für die Uebernahme der von einem Gesellschafter gegen das Verbot für eigene Rechnung geschlossenen Geschäfte Seitens der Gesellschaft gibt das Gesetzbuch keine bestimmte Form an. Die Ausdrücke des Artikels lauten vielmehr auch hier so unbestimmt wie im Art. 56 rücksichtlich der Geschäfte des Prokuristen. Der Gesellschafter „muß sich gefallen lassen", daß die für seine Rechnung geschlossenen Geschäfte „als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden".

1) Zunächst liegt in diesen Worten ausgesprochen, daß die Gesellschaft durch ein nachträgliches Eintreten in das Rechtsgeschäft ihres Gesellschafters dieses an sich ziehen kann [5]). Hierzu ist eine Willenserklärung Seitens der übrigen Gesellschafter nöthig; sobald dieselbe vorliegt, so ist der Gesellschafter verpflichtet, den aus dem verbotwidrigen Geschäfte gezogenen Gewinn an die Gesellschaft herauszugeben und der Gesellschaft steht eine hierauf gerichtete Klage gegen den Gesellschafter zu.

Hierbei muß aber gleichzeitig festgehalten werden, daß die Gesellschaft, wenn sie dem Gesellschafter gegenüber von diesem Rechte Gebrauch macht, nicht blos in den Gewinn, sondern auch in die etwa noch laufenden Verbindlichkeiten aus dem Geschäfte eintritt, also in die vielleicht noch schwebende Haftverbindlichkeit bei Verkäufen (Art. 349) oder in die noch schwebenden Regreßverbindlichkeiten oder Hauptverbindlichkeiten bei Wechseln. Die Gesellschaft muß das Geschäft auf ihre Gefahr übernehmen mit allen Vortheilen wie mit allen Nachtheilen, sie muß für die eintretenden Nachtheile den Gesellschafter schadlos halten und ihn eventuell seinem Kontrahenten gegenüber vertreten.

2) Verschieden hiervon ist die weitere Frage, ob die Gesellschaft aus dem übernommenen Geschäfte auch ein Klagerecht gegen den Kontrahenten

---

[5]) Ganz so wie beim Prokuristen und wie im Verhältnisse zwischen dem Gewalthaber und dem in potestate Stehenden nach römischem Rechte. Vgl. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 201.

des Gesellschafters, also gegen Dritte habe. Diese Frage ist im Gesetzbuche nicht ausdrücklich beantwortet; bei der Berathung des Art. 97 wurde in dieser Beziehung theils auf die Bestimmungen über die Geschäfte der Prokuristen (Art. 56), wo sich übrigens dieselbe Lücke findet, theils auf die Entscheidung durch die Wissenschaft verwiesen (Prot. S. 190). Es ergibt sich hieraus, daß hier diejenigen Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechtes (Art. 1 des HGB.) zur Anwendung kommen müssen, welche bereits zu Art. 56 rücksichtlich der Behandlung der verbotwidrigen Geschäfte der Prokuristen entwickelt worden sind [6]).

Nach diesen Grundsätzen ist aber die rechtliche Stellung der Gesellschaft dem Dritten (dem Kontrahenten des Gesellschafters) gegenüber nach Lage des einzelnen Falles eine verschiedene.

Es ist zunächst zu unterscheiden, ob der Dritte die Eigenschaft seines Kontrahenten als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft und den Handelszweig der Gesellschaft kannte oder nicht. Der Beweis der Kenntniß oder Unkenntniß dieser Thatsachen richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 25 des HGB.

War die Thatsache, daß der Kontrahent Mitglied der Gesellschaft sei, in das Handelsregister eingetragen, war ferner auch der Handelszweig der Gesellschaft eingetragen, so tritt die gesetzliche Vermuthung ein, daß der Dritte diese Thatsachen gekannt habe; es steht ihm hiergegen der Gegenbeweis nur nach Maßgabe des Art. 25 Abs. 3 zu, er hat solche Umstände zu beweisen, die die Annahme begründen, daß er jene Thatsachen weder gekannt habe noch habe kennen müssen.

War aber die Eintragung und Bekanntmachung nicht erfolgt, so hat die Gesellschaft, wenn sie dem Dritten gegenüber ein Recht aus Art. 96 geltend machen will, den Beweis zu führen, daß die Thatsachen, und zwar beide, dem Dritten bei Abschluß des Geschäftes bekannt waren. Daß übrigens der Handelszweig der Gesellschaft streng genommen nur insofern einen Gegenstand der Eintragung bilden kann, als derselbe einen Bestandtheil der Firma ausmacht, ist bereits in den Erläuterungen zu Art. 86 (S. 101) hervorgehoben worden.

Hält man aber die angegebene Unterscheidung zwischen der Kenntniß und der Nichtkenntniß des Dritten fest, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

X. Hatte der Dritte nicht nur Kenntniß von der Eigenschaft seines

---

[6]) Vgl. Bd. 1 S. 413–415.

Kontrahenten als offenen Gesellschafters in der Societät, sondern auch Kenntniß von dem Handelszweige der Gesellschaft und hatte er sich von der Ertheilung einer Genehmigung des Geschäftes Seitens der Gesellschaft nicht überzeugt, so konnte und mußte der Dritte auf Grund der Art. 96 und 97 auch wissen, daß das abgeschlossene Geschäft von der Gesellschaft an sich gezogen werden könne, daß sie in das Geschäft eintreten könne, sobald sie eine darauf abzielende Erklärung abgibt. Der Dritte kontrahirt in diesem Falle wissentlich unter einer stillschweigenden Bedingung: er muß sich gefallen lassen, daß auch ihm gegenüber an Stelle des eigentlichen Kontrahenten die Gesellschaft tritt, sobald die letztere die bezügliche Erklärung dem Dritten gegenüber abgibt.

Der Dritte kontrahirt rücksichtlich der Person seines Gegenkontrahenten alternativ und zwar in folgender Weise:

Erster Fall. Die Gesellschaft unterläßt es, dem Dritten ihren Eintritt in das Geschäft zu erklären, alsdann bleibt Alles unverändert, d. h. der Gesellschafter bleibt alsdann dem Dritten gegenüber Kontrahent. Der Dritte kann sich alsdann keiner Einrede aus Art. 96 bedienen, da es nicht von seinem, sondern von dem Willen der Gesellschaft abhängt, ob der einzelne Socius Kontrahent bleiben soll oder nicht. Ebensowenig kann sich aber alsdann auch der kontrahirende Socius dem Dritten gegenüber der Einrede aus Art. 96 bedienen, da auch er an das Geschäft unbedingt gebunden ist, sobald und so lange die Gesellschaft von ihrem Eintrittsrechte keinen Gebrauch macht.

Die Veranlassung, weßhalb die Erklärung Seitens der Gesellschaft unterbleibt, kann eine verschiedene sein; einzelne der hierher gehörenden Gründe berühren auch das Interesse des Dritten. Die Erklärung des Eintrittes kann nemlich unterbleiben, entweder weil die Gesellschaft umgekehrt bereits ihre Genehmigung zu dem Geschäfte ertheilt hat und in das letztere gar nicht mehr eintreten kann; dies ist besonders dann wichtig, wenn die Gesellschaft ihre Genehmigung vielleicht auch dem Dritten gegenüber erklärt und sich dadurch diesem gegenüber gebunden hat. Oder die Erklärung unterbleibt, weil die Gesellschaft keine Kenntniß von dem Geschäfte hat, oder sei es weil die Gesellschaft in der That sich nur an ihren Gesellschafter, nicht an den Dritten halten will, so daß sie im letzteren Falle die Uebernahme des Geschäftes lediglich als eine innere Angelegenheit betrachtet, die sich gleichsam nur in den Büchern der Gesellschaft vollzieht, z. B. wenn das Geschäft bereits Zug um Zug erfüllt ist.

Der dritte Kontrahent kann sich dem Gesellschafter gegenüber, mit dem er kontrahirt hat, überhaupt niemals darauf berufen, daß dieser das Verbot

des Art. 96 übertreten habe. Dieser Artikel gewährt nur der Gesellschaft gewisse Rechte, nicht aber kann der Dritte Rechte und Einreden gegen seinen Kontrahenten aus demselben herleiten, er muß abwarten, ob die Gesellschaft von ihren Rechten Gebrauch macht oder nicht. Die Einrede des Kontrahenten, daß es dem Gesellschafter als Theilhaber einer Handelsgesellschaft untersagt gewesen sei, für eigene Rechnung Handelsgeschäfte zu machen, ist eine unzulässige Einrede aus dem Rechte eines Dritten [7]).

Zweiter Fall. Die Gesellschaft erklärt dem Dritten ihren Eintritt in das Geschäft, alsdann geht das Geschäft mit allen aus demselben entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten auf die Gesellschaft über (Art. 114).

Eigenthümlich ist aber alsdann die Stellung des einzelnen Gesellschafters und ursprünglichen Kontrahenten. Allerdings hört er in einer Hinsicht auf, persönlicher Gläubiger und persönlicher Schuldner des Dritten zu sein, hinsichtlich seiner bisherigen persönlichen Verbindlichkeiten aus dem Geschäfte wird er exonerirt. Allein andererseits erfolgt die Uebernahme des Geschäftes nicht etwa zu Gunsten der anderen Gesellschafter unter Ausschließung desjenigen, welcher gegen das Verbot des Art. 96 gehandelt hat, sondern die Uebernahme erfolgt zu Gunsten und zu Lasten der Gesellschaft als solcher [8]), also für Rechnung der Gesellschaftskasse, so daß der ursprüngliche Kontrahent nun in seiner Eigenschaft als Gesellschafter an dem Geschäfte partizipirt [9]). Er haftet also dem Dritten nach wie vor, aber aus einem ganz anderen Rechtsgrunde als vorher, nemlich aus der solidarischen Haft für die Gesellschaftsschulden. Ebenso verhält es sich mit der Berechtigung des Gesellschafters dem Dritten gegenüber; ist die Gesellschaft in das Rechtsgeschäft

---

[7]) Exceptio de jure tertii. Voigtel in Busch' Archiv Bd. V S. 11; Erk. des Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg v. 21. Januar 1864 in der Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 390 und in Busch' Archiv Bd. III S. 113.

[8]) Nicht blos die übrigen Gesellschafter für ihre Person sind klageberechtigt, sondern die Gesellschaft. Dieser letztere Ausdruck ist hier so wenig unbestimmt wie an allen anderen Stellen, in denen sich das HGB. desselben bedient. Vgl. v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV. S. 11 gegen v. Hahn Art. 97 §. 1.

[9]) Ein Antrag, den Gesellschafter seines Antheiles an dem von der Gesellschaft übernommenen Geschäfte für verlustig zu erklären, wurde bei der Berathung ausdrücklich verworfen. Protok. S. 186, 187. Eine derartige Strafbestimmung würde über den Zweck des Art. 96 entschieden hinausgegangen sein. Auch der Schadensersatz, den der Gesellschafter eventuell zu zahlen hat, fällt in die Gesellschaftskasse, nicht aber an die übrigen Gesellschafter persönlich.

eingetreten, so wird oder so bleibt der Gesellschafter dem Dritten gegenüber auch berechtigt, aber wiederum nur aus einem neuen Rechtsgrunde, nemlich als Mitglied der jetzt berechtigten Gesellschaft. Hat er also die Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, so kann er aus dem ihm abgenommenen Geschäfte gleichwohl noch eine Klage gegen seinen früheren Kontrahenten anstellen, aber nur für die Gesellschaft, nicht im eigenen Namen.

Dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn der dem Verbote zuwiderhandelnde Socius zum Schadensersatz an die Gesellschaft verurtheilt wird; dieser Schadensbetrag fällt in die Gesellschaftskasse, nicht an die übrigen Gesellschafter, und so erlangt jener Socius indirekt ebenfalls einen Antheil an demselben. Verschieden von diesem Falle ist allerdings die Klage eines Gesellschafters auf persönlichen Schadensersatz; wird aber die Schadensersatzklage für die Gesellschaft angestellt, so fallen auch die Kosten des Prozesses im Falle des Unterliegens nicht den übrigen Gesellschaftern persönlich, sondern der Gesellschaftskasse zur Last.

Die Gesellschaft kann übrigens in dem hier erörterten Falle die Erklärung, in das Geschäft ihres Mitgliedes eintreten zu wollen, auch mit einer gegen den Dritten anzustellenden Klage verbinden, die Gesellschaft kann direkt gegen den Dritten klagen.

XI. Hat dagegen der Dritte bei Abschluß des Geschäftes die Eigenschaft seines Kontrahenten als Mitglied der offenen Gesellschaft nicht gekannt, oder hat er zwar diese Mitgliedschaft, nicht aber den Handelszweig der Gesellschaft gekannt, war es ihm also unbewußt, daß das abgeschlossene Geschäft zum Handelszweige der Gesellschaft gehöre, so steht der Gesellschaft diesem Dritten gegenüber nicht das Recht des sofortigen und direkten Eintrittes in das Geschäft zu. Denn in diesem Falle trifft die Annahme, der Dritte habe wissen müssen, daß er hinsichtlich der Person seines Kontrahenten nur bedingt kontrahiren könne, nicht zu, da der Dritte eben die thatsächlichen Voraussetzungen des Art. 96 nicht kannte.

Erklärt also in diesem Falle die Gesellschaft dem Dritten ihren Eintritt in das Geschäft, so hängt es ganz von dem Willen desselben ab, ob er die Gesellschaft an Stelle des Gesellschafters als Kontrahenten annehmen will oder nicht. Weigert er sich, so kann die Gesellschaft nur nach vorgängiger Cession gegen den Dritten klagen. Die Cession der aus dem Geschäfte entspringenden Ansprüche kann die Gesellschaft auf Grund des Art. 97 von dem Gesellschafter auch mittelst gerichtlicher Klage verlangen; aber ohne Cession kann sie gegen den Dritten nicht klagen, mag nun die Cession eine freiwillige oder eine erzwungene sein, d. h. mag sie auf der Willenserklärung des Gesellschafters als des forderungsberechtigten Gläubi-

gers oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen, welche die Verpflichtung des Gesellschafters zur Cession mit dem Hinzufügen ausspricht, daß die Cession als geschehen gelten solle, wenn dieser Verpflichtung nicht freiwillig genügt werde[10]).

Eine solche Verurtheilung kann gegen den Gesellschafter ausgesprochen werden, weil derselbe zur Cession gesetzlich verpflichtet erscheint (cessio necessaria). Dagegen folgt aus dieser gesetzlichen Verpflichtung des Gesellschafters keineswegs, daß die demselben zustehende Forderung ohne jeden Uebertragungsakt schon kraft Gesetzes auf die Gesellschaft übergehe; diese letztere von der älteren Theorie festgehaltene Auffassung der s. g. Legalcession (cessio legis) erscheint auch in diesem Falle nicht begründet. Denn die Verpflichtung zur Uebertragung der Forderung an die Gesellschaft kann die Uebertragung selbst so wenig ersetzen, wie die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthumes die Uebertragung des letzteren[11]). Die Gesellschaft muß also in dem hier erörterten Falle dem Dritten gegenüber immer den Beweis der geschehenen Cession führen, wenn sie ein dem einzelnen Gesellschafter als Kontrahenten des Dritten zustehendes Forderungsrecht gegen letzteren wirksam geltend machen will.

Die Cession der einem einzelnen Gesellschafter aus den in Rede stehenden Geschäften zustehenden Forderungsrechte erfolgt unabhängig von der Zustimmung des Dritten (des Cessionars).

Anders verhält es sich mit dem Eintritte der Gesellschaft in die von dem einzelnen Gesellschafter aus solchen Geschäften übernommenen Verbindlichkeiten. Ein solcher Schuldübergang kann dem Dritten gegenüber nur unter Mitwirkung oder Genehmigung dieses Dritten erfolgen; die Schuldübernahme Seitens der Gesellschaft muß nicht blos von dem bisherigen Schuldner, dem einzelnen Gesellschafter, sondern auch von dem Gläubiger acceptirt sein, erst dadurch wird der einzelne Gesellschafter als bisheriger Schuldner entlastet und die Gesellschaft dem Gläubiger gegenüber verpflichtet. Gegen seinen Willen braucht der Dritte sich einen neuen Schuldner an Stelle des bisherigen nicht substituiren zu lassen. Mit Zustimmung des Dritten aber kann der Eintritt der Gesellschaft in das Schuldverhältniß erfolgen ent-

---

[10]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 330.

[11]) Die neueren Schriftsteller verwerfen fast ohne Ausnahme die im Texte bekämpfte Auffassung der s. g. cessio legis, gegen welche sich übrigens schon Mühlenbruch (Cession der Forderungsrechte S. 470) erklärte. Vgl. Windscheid a. a. O. §. 330 ff. Anm. 12.

weder in Form der Novation oder in Form der dem heutigen Rechte angehörenden Schuldübernahme unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation. Es entscheiden hier ganz die civilrechtlichen Grundsätze über die Uebernahme fremder Schulden [12]).

Die Zustimmung des Gläubigers kann vorher, gleichzeitig oder nachträglich erfolgen, sie kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Eine stillschweigende Zustimmung und Acceptation liegt in jeder Behandlung der Gesellschaft als Schuldnerin, so in der Buchung der Forderung als einer Forderung gegen die Gesellschaft, in der Zahlungsaufforderung an die Gesellschaft und in der Erhebung der Klage gegen dieselbe [13]).

Die Verabredung zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesellschaft in Betreff der Schuldübernahme kann übrigens auch nur privatim und nur mit der Wirkung geschlossen sein, daß die Gesellschaft, weil sie in die Forderung des Socius eingetreten ist, sich dem letzteren gegenüber auch verpflichtet, ihm für dasjenige, was er dem Gläubiger zu zahlen hat, gutzustehen, ohne daß dadurch eine Schuldübernahme auch dem Gläubiger gegenüber bewirkt werden soll [14]). Hat die Verabredung nur diesen privaten Charakter, so kann der Gläubiger überall keine Rechte aus derselben herleiten, er kann also auch nicht durch eine nachträgliche Zustimmung die Gesellschaft als Schuldnerin anerkennen und an die Stelle seines Kontrahenten setzen wollen, denn die Gesellschaft hat ihm gegenüber die Schuld gar nicht übernehmen wollen, die Verabredung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft betraf nur das Verhältniß nach Innen, nicht das Verhältniß nach Außen.

Gerade diese Unterscheidung ist in unserem Falle von praktischer Bedeutung, weil sich die Uebernahme der Verbindlichkeiten des Socius aus dem cedirten Geschäfte durch bloße Buchung in den Büchern der Gesellschaft vollziehen kann [15]). Es ist alsdann eine thatsächliche, von der ursprünglichen Absicht der Parteien abhängige Frage, ob der Dritte hieraus Rechte gegen die Gesellschaft herleiten kann.

Die Schuldübernahme Seitens der Gesellschaft kann aber auch in Folge gerichtlicher Verurtheilung eintreten; wie die Forderung durch richter-

---

[12]) Windscheid, §. 338. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden, 1853; Hinrichs in der Kieler Allgem. Monatsschrift 1853 S. 685 f.

[13]) Windscheid a. a. O. Anm. 6 und Kritische Ueberschau Bd. I S. 45.

[14]) Vgl. oben S. 169.

[15]) Windscheid a. a. O. Anm. 8.

liche Verfügung an die Gesellschaft überwiesen werden kann, so auch die Schuld des Gesellschafters aus dem cedirten Geschäfte [16]). Da nemlich das Recht der Gesellschaft, in das Geschäft des einzelnen Socius einzutreten sich nur auf das ganze Geschäft bezieht, so kann, wie dies schon oben hervorgehoben wurde (S. 167), die Gesellschaft auch nicht etwa blos die Abtretung der Rechte aus dem Geschäfte von dem Socius fordern, sondern sie muß auch die damit verbundenen Verpflichtungen übernehmen, sobald der Socius dies verlangt. Das Eintreten in das Geschäft ist im Verhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter untheilbar und wenn auf der einen Seite die Gesellschaft eine Klage auf Cession gegen den Gesellschafter hat, so hat andererseits der letztere auch eine Klage (Widerklage) gegen die Gesellschaft auf Ersatz des bereits an den Gläubiger Bezahlten, ferner auf Entlastung in Betreff der aus dem Geschäfte entsprungenen oder noch entspringenden Verbindlichkeiten und auf Uebernahme dieser Verbindlichkeiten als Gesellschaftsschulden. Zustimmung des Gläubigers ist aber auch hier erforderlich, wenn die Ueberweisung diesem gegenüber wirksam sein soll.

Die Gesellschaft kann übrigens statt der Cession des Geschäftes von dem Gesellschafter auch in diesem Falle die Herausgabe des aus dem Geschäfte gemachten oder noch zu machenden Gewinnes an die Gesellschaftskasse verlangen.

XII. Endlich ist noch die Frage zu beantworten, ob dem Dritten das Recht des Rücktrittes vom Geschäfte aus dem Grunde zustehe, weil sein Gegenkontrahent ihm die Theilnahme an der Handelsgesellschaft verschwiegen hat. Die Frage ist, abgesehen von besonderen, die Annahme eines Dolus begründenden Umständen, zu verneinen. Denn nicht der Dritte, sondern nur die Gesellschaft kann Rechte aus den Bestimmungen der Art. 96 und 97 herleiten, dem Dritten gegenüber bleibt der Gesellschafter stets Kontrahent, so lange die Gesellschaft von ihren Rechten aus diesen Artikeln keinen Gebrauch macht, ohne Rücksicht darauf, ob der Gesellschafter diese seine Eigenschaft bei Abschluß des Geschäftes kund gab oder nicht.

XIII. (Zu Abs. 2 des Artikels.) Die dreimonatliche Verjährung soll nach Abs. 2 des Artikels mit dem Zeitpunkte beginnen, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntniß erhalten hat. Wenn also die Gesellschaft aus zwei Mitgliedern besteht, so beginnt die Verjährung, sobald der andere Gesellschafter die Kenntniß von dem Geschäfte erlangt

16) Nothwendige Cession im passiven Sinne. Vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 9.

hat. Besteht aber die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so läßt sich die Frage aufwerfen, ob die Kenntniß auch nur eines der übrigen Gesellschafter zum Beginne der Verjährung gegen alle genüge oder nicht. Die Frage ist aber zu bejahen, die Kenntniß des einen Gesellschafters läßt den Lauf der Verjährung gegen die Gesellschaft überhaupt, also auch gegen die übrigen Theilhaber beginnen, für die Gesellschaft ist mit diesem Momente actio nata vorhanden, die Gesellschaft ist in der Lage ihr Recht ausüben zu können, sobald auch nur einer der geschäftsführenden Socii Kenntniß von dem Privatgeschäfte des Mitsocius erhält. Man kann sagen, die Gesellschaft hat Kenntniß von dem Geschäfte erlangt, sobald einer der geschäftsführenden Socii die Kenntniß erhalten hat.

Selbstverständlich kommt auch hierbei nur die Kenntniß eines der geschäftsführenden Associé's in Betracht, die Kenntnißnahme eines nicht firmirenden Gesellschafters ist für den Beginn der Verjährung nicht entscheidend, weil die Ausübung der der Verjährung unterworfenen Rechte zur Geschäftsführung gehört und wie die Gesellschaft in Bezug auf die Geschäftsführung nur durch die firmirenden Socii vertreten wird. Erlangt also ein nicht firmirender Gesellschafter von dem Geschäfte Kenntniß, so vertritt er hierbei mit nichten die Gesellschaft; die Gesellschaft kommt durch diese private Kenntniß nicht in die Lage, ihre Rechte geltend zu machen, für sie ist damit noch keine actio nata und folglich auch kein Beginn der Verjährung vorhanden.

Uebrigens ist die dreimonatliche Frist nicht als eine eigentliche Verjährung, sondern als wahre Frist aufzufassen, auf welche der römisch-rechtliche Verjährungsgrundsatz Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum keine Anwendung findet. Alles Dasjenige, was das HGB. im Art. 149 über die fünfjährige Verjährung der Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft bestimmt:

> Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter,

gilt auch von der dreimonatlichen Frist des Art. 97. Der Satz, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die durch die neuere Gesetzgebung eingeführten kurzen Verjährungsfristen nicht stattfinde, daß sie vielmehr mit dem Zwecke dieser Verjährungen unverträglich sei, ist in der gerichtlichen Praxis anerkannt [17]). Das heutige Recht steht in dieser Hin-

---

[17]) Vgl. über diese allgemeine Rechtsfrage Koch, Kommentar zum Allgem. preuß.

sicht auf dem umgekehrten Standpunkte wie das römische, welches die Restitution aus Gründen der Billigkeit gerade bei den kurzen Verjährungen eingeführt hatte.

Art. 98.

Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen.

Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Antheile betheiligt oder seinen Antheil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt.

Pr. Entw. Art. 102. — I. Entw. Art. 97. — II. Entw. Art. 97. — Prot. S. 191. 989.

I. Die offene Handelsgesellschaft ist keine blose Kapitalgesellschaft, sondern eine Personalgesellschaft, bei welcher zum Eintritte neuer Mitglieder die Zustimmung aller Mitglieder gehört [1]). Auch hierdurch unterscheidet sich die offene Gesellschaft von der Aktiengesellschaft und von der Aktien-Kommanditgesellschaft, wenn wir bei letzterer nicht auf die vollhaftenden Gesellschafter, sondern auf die Kommandit-Aktionäre sehen. Hieraus ergibt sich auch, daß ein Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern an seiner Statt keinen Dritten als Mitglied der Gesellschaft aufdringen kann [2]).

Landr. I, 9, §. 531 Anm. 37 und das Präjudiz des O. Trib. zu Berlin v. 8. Juli 1852 in den Entscheidungen Bd. 23 S. 104. Ferner Code civil Art. 2278 und v. Völdernborff, Kommentar zum k. bayer. Gesetze v. 26. März 1859, die Verjährungsfristen betreffend (Erlangen 1859), Art. 6, und Kommentar zum k. bayer. Gesetze v. 29. Sept. 1861, die Verjährung der Forderungen aus Staatsschuldurkunden betr. (Erlangen 1862) Art. 6.

[1]) Aus demselben Grunde ist auch die förmliche Stellvertretung (Substitution) eines Socius in der Geschäftsführung ohne Zustimmung der anderen unzulässig, nicht aber die Beihülfe eines Dritten. S. die Erläuterungen zu Art. 102 §. III.

[2]) L. 19 D. Pro socio XVII, 2: Qui admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit et recte; cum enim societas consensu contrahatur,

Abweichungen von dieser Regel können durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, sie sind am ersten denkbar bei denjenigen wirthschaftlichen Genossenschaften, welche zugleich die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft haben und bei welchen die Mitgliederzahl keine geschlossene ist[3]). Eine Einwilligung der übrigen Gesellschafter liegt übrigens auch dann vor, wenn ein Socius bei Aufnahme des Dritten in die Gesellschaft im speziellen Auftrage der übrigen handelt.

II. Verschieden von dem Vertrage eines Gesellschafters mit einem Dritten, durch welchen der Dritte ohne Einwilligung der Mitgesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen werden soll, sind diejenigen Verträge, durch welche ein Gesellschafter einem Dritten seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen ganz oder theilweise abtritt, ohne daß der Gesellschafter aus der Gesellschaft austreten und der Dritte an seine Stelle treten soll. Eine solche Abtretung enthält ihrem Wesen nach lediglich eine Disposition über das eigene Vermögen des Gesellschafters, denn die ideellen und realen Antheile der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen gehören zu dem eigenen privativen Vermögen der Einzelnen. Da aber das eigene Vermögen der Gesellschafter der freien Disposition derselben unterliegt, so ergibt sich, daß solche Abtretungen und Cessionen erlaubt sind, aber auch nur insoweit, als aus solchen Rechtsgeschäften nicht Ansprüche gegen die Gesellschaft hergeleitet werden sollen, welche mit den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages unvereinbar sind. Eine solche Abtretung ist für die Gesellschaft res inter alios acta[4]), der Cessionar erlangt aus der-

---

socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. Quid ergo, si socius meus eum admisit? Ei soli socius est.

[3]) S. oben S. 20 f. dieses Bandes.

[4]) L. 19, 20 D. cit. Quid ergo, si socius meus eum admisit? Ei soli socius est. Also er wird socius socii, nicht socius societatis. (Nam socii mei socius meus socius non est.) Die franz. Jurisprudenz nennt einen solchen Untergesellschafter Croupier (soit parcequ'il chevauche sur l'associé, soit parceque l'associé le prend en croupe). Vgl. Rondonneau, Vocabulaire du droit s. v. croupier: „Croupier signifie un associé secret en un traité, en une ferme qu'il laisse mettre et régir sous le nom d'un autre dont il partage le gain ou la perte à raison des fonds qu'il a placés.“ Troplong, Sociétés Nr. 756 f.; Delangle, Sociétés commerc. Nr. 195 f. Aus der französischen Rechtsliteratur geht hervor, daß ein solcher Croupier häufig dieselbe Stellung seinem Gesellschafter gegenüber hat, wie der alte deutsche stille Gesellschafter (HGB. Art. 250) im Gegensatze zum Kommanditisten; der deutsche stille Gesellschafter ist also dem französischen Rechte doch nicht so völlig unbekannt, wie gewöhnlich angenommen wird.

selben unmittelbar gegen die Gesellschaft keine Rechte, er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt. Der Cessionar kann ferner auch nicht gegen die Gesellschaft auf Theilung klagen, sein Anspruch geht nur auf dasjenige, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und Dividenden zu fordern berechtigt ist und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt (Art. 119)[5]).

Die in unserem Artikel sowie im Art. 119 enthaltenen Einschränkungen finden auch Anwendung auf die Privatgläubiger eines Gesellschafters, welche den Gesellschaftsantheil desselben gerichtlich in Beschlag genommen haben (erzwungene Cession, Cession auf Grund richterlicher Verfügung).

III. Der Artikel beschäftigt sich nur mit dem Verhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Dritten, nicht auch mit dem Verhältnisse zwischen dem Dritten und dem Gesellschafter. Das letztere Verhältniß richtet sich theils nach dem zwischen beiden geschlossenen Vertrage, theils aber nach den allgemeinen Regeln über die Abtretung von Rechten und Forderungen (Cession).

Die Abtretung des Gesellschaftsantheiles kann also beruhen auf der Willenserklärung des Gläubigers (letztwillige oder Willenserklärung unter Lebenden), oder auf richterlicher Verfügung, oder unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung[6]). Bei der Abtretung durch Willenserklärung kann der Grund (justa causa), aus welchem die Abtretung erfolgt, so verschiedenartig sein, wie bei der Eigenthumsübertragung und bei jeder Vermögenszuwendung, also Kauf, Tausch, Schenkung, Bestellung einer Mitgift, Abtretung an Zahlungsstatt, Erfüllung einer Verbindlichkeit. Nur ein Punkt bedarf hier der besonderen Erwähnung, während im Uebrigen auf die civilrechtlichen Bestimmungen über die Cession verwiesen werden muß. Der Gesellschafter ist verpflichtet, seinem Cessionare die nöthigen Aufschlüsse und Nachweisungen über seinen Gesellschafts- und Gewinnantheil zu gewähren, sowie die zur Verfolgung der cedirten Ansprüche nöthigen Beweismittel zu übergeben[7]).

---

[5]) Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.

[6]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. II §. 330.

[7]) Vgl. Windscheid §. 336. Preuß. Landr. II, 8, §. 638 u. I, 17, §. 218: „Ein solcher Cessionarius kann daher von den übrigen Gesellschaftern weder Rechnungslegung noch andere Nachweisungen über die betriebenen Geschäfte, wohl aber die Vorlegung der Balance über den aus dem gemeinschaftlichen Gewerbe entstandenen Gewinn und Verlust fordern." Die letztere Bestimmung gilt zweifellos auch gegenwärtig noch, wenn sie auch im HGB. nicht speziell erwähnt ist, sie folgt aus den allgemeinen Verpflichtungen des Cedenten gegen den Cessionar.

Auch bei diesen Nachweisungen darf zwar der Gesellschafter seine Verpflichtungen gegen die Gesellschaft nicht verletzen [8]), allein in der nothwendigen Mittheilung der jährlichen Bilanz liegt eine solche Verletzung nicht.

Art. 99.

Wenn die Geschäftsführung in dem Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren der Gesellschafter übertragen ist, so schließen diese die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung aus; sie sind berechtigt, ungeachtet des Widerspruches der übrigen Gesellschafter, alle Handlungen vorzunehmen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Pr. Entw. Art. 103 Abs. 1. — I. Entw. Art. 98. — II. Entw. Art. 98. — Prot. S. 192, 989.

I. Der Artikel setzt voraus, daß in der Uebertragung der Geschäftsführung an bestimmte einzelne Gesellschafter zugleich die Ausschließung der übrigen von der Geschäftsführung enthalten sei. Bei der Eintragung in das Handelsregister wird jedoch die Vorschrift des Art. 86 Ziff. 4 zu beachten sein, welche die Erwähnung verlangt, daß das Recht zur Vertretung der Gesellschaft **nur** einem oder mehreren der Gesellschafter zustehe [1]).

Die ausschließliche Uebertragung der Geschäftsführung an bestimmte einzelne Gesellschafter kann nur durch besondere Verabredung unter den Gesellschaftern eintreten [2]). Liegt eine solche vertragsmäßige Bestimmung nicht

---

[8]) Die Motive zum preuß. Entwurfe heben diese aus der Natur des Gesellschaftsantheiles folgende Einschränkung mit Recht hervor. (Motive S. 57.)

[1]) Korrekter wäre es jedenfalls gewesen, wenn sowohl in Art. 99 als in Art. 102 das „**nur**" aus Art. 86 Ziff. 4 wiederholt worden wäre.

[2]) Die Möglichkeit und juristische Zulässigkeit einer solchen Ausschließung und zwar mit voller Wirkung auch Dritten gegenüber (Art. 115) war auch vor dem A. D. HGB. nicht bestritten, wenigstens nach der gewöhnlichen Annahme. Gleichwohl scheint diese Annahme nicht völlig zutreffend gewesen zu sein; denn nach den Kommissionsberichten über die Einführung des A D. HGB. in Hamburg (Hamburg 1866, S. 18 u. 19) wäre diese Klasse von Gesellschaftern in **Hamburg** vor der Einführung unseres HGB. unbekannt gewesen, das Firmenbureau habe derartige Anmeldungen, wenn sie über-

vor, so sind alle Gesellschafter zur Geschäftsführung gleichmäßig berechtigt und verpflichtet (Art. 102).

Die Ausschließung kann in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein, sie kann aber auch später unter den Gesellschaftern verabredet werden. Der Ausdruck des Art. „in dem Gesellschaftsvertrage" ist nicht ausschließlich auf den Gründungsvertrag zu beziehen, sondern auf jede vertragsmäßige Festsetzung unter den Gesellschaftern, mag dieselbe bei Errichtung oder während des Bestehens der Gesellschaft erfolgen (Art. 87). Daß ferner die Ausschließung in bestimmten Fällen auch gegen den Willen eines geschäftsführenden Socius erfolgen kann (Widerruf der übertragenen Geschäftsführung), geht aus Art. 101 hervor.

Die Ausschließung kann entweder direkt oder indirekt gefaßt sein. Direkt ist sie dann, wenn einer oder mehrere Gesellschafter ausdrücklich von der Geschäftsführung ausgeschlossen (dispensirt) werden[3]; ist dies geschehen, so erscheinen die nicht ausgeschlossenen Gesellschafter allein zur Geschäftsführung berechtigt. Indirekt erfolgt die Ausschließung dann, wenn die vertragsmäßige Bestimmung dahin lautet, daß die Geschäfte der Gesellschaft nur durch einen oder mehrere der Gesellschafter geführt werden sollen; damit ist dann zugleich ausgesprochen, daß die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

II. Widerspruchsrecht der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter.

Die Ausschließung einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung hat nicht blos zur Folge, daß der Ausgeschlossene die Gesellschaft nicht nach Außen vertritt (Art. 115), sondern es steht ihm auch nach Innen keine Einmischung in die Geschäftsführung zu. Die mit der Geschäftsführung ausschließlich beauftragten Gesellschafter[4]) sind zur selbstständigen Vornahme

---

haupt jemals versucht worden seien, niemals angenommen. Der Bericht hofft, daß der Hamburger Kaufmannsstand von der neuen Einrichtung, die immerhin zu Irrungen und Täuschungen Veranlassung geben könne, auch in der Zukunft keinen Gebrauch machen werde. Allein die Erfahrung anderer Handelsstädte spricht für das Gegentheil, die kaufmännische Uebung ist der Einrichtung entschieden günstig.

[3]) Auf die Ausdrücke kommt es nicht an, wenn die Absicht der Ausschließung klar aus dem Vertrage hervorgeht. S. die Erläuterungen zu Art. 89 Z. 4.

[4]) Der Kürze halber empfiehlt es sich, diese die geschäftsführenden oder die firmirenden und die übrigen die nichtgeschäftsführenden oder die nichtfirmirenden Gesellschafter zu nennen.

jeder Handlung ermächtigt, sie haben nicht einmal die Verpflichtung, die nichtfirmirenden Gesellschafter um ihre Ansicht oder um Rath zu fragen. Die letzteren haben in Geschäftsangelegenheiten der Gesellschaft weder eine beschließende (votum decisivum) noch eine berathende Stimme (votum deliberativum), sie haben ferner auch kein Widerspruchsrecht gegen die Vornahme einer Handlung durch die firmirenden Gesellschafter, sie werden durch die Handlungen der letzteren sowohl Dritten gegenüber als nach Innen auch dann verpflichtet, wenn sie der Handlung vorher widersprochen haben.

Dies gilt jedoch nur von solchen Handlungen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Anders verhält es sich dagegen bei solchen Geschäften, welche der gewöhnliche Betrieb dieses Handelsgewerbes nicht mit sich bringt, d. h. wie man nach der Fassung des Art. 103 erläuternd hinzufügen muß, bei solchen Geschäften, welche entweder über den gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen oder welche dem Zwecke derselben fremd sind. Erhebt ein nichtfirmirender Socius gegen die Vornahme eines derartigen Geschäftes Widerspruch, so muß dasselbe unterbleiben. Wird es dennoch abgeschlossen, so ist auch hier zu unterscheiden zwischen dem Verhältnisse nach Außen und dem nach Innen. Nach Außen, also Dritten gegenüber, ist das Geschäft unter allen Umständen für die Gesellschaft, also auch für die sämmtlichen Gesellschafter, bindend (Art. 114, 116), und es kommt namentlich auch nicht auf den Umstand an, ob der Dritte, mit welchem das Geschäft geschlossen wurde, rücksichtlich des erhobenen Widerspruches in gutem oder in bösem Glauben war, ob er also wußte oder nicht wußte, daß der firmirende Socius gegen den berechtigten Widerspruch eines nicht firmirenden Gesellschafters handelte [5]). Nach Innen dagegen ist das Geschäft, wenn nicht eine nachträgliche Ratihabition und Genehmigung erfolgt, kein Geschäft der Gesellschaft, sondern ein privates Geschäft derjenigen Gesellschafter, welche es abgeschlossen oder gebilligt haben. Der widersprechende Socius braucht sich die Uebernahme des Geschäftes auf die Gesellschaftsrechnung nicht gefallen zu lassen und er kann für den ihn treffenden Antheil am Verluste aus diesem Geschäfte Schadensersatz von denjenigen Gesellschaftern fordern, welche das Geschäft geschlossen oder gebilligt haben.

Zur Ergänzung des Art. 99 dient aber noch der Art. 103. Aus dem letzteren Artikel ergibt sich, daß das Widerspruchsrecht, welches dem nichtfirmenden Gesellschafter gegen die bezeichneten Geschäfte zusteht, sich keines-

---

[5]) S. die Erläuterungen zu Art. 103.

wegs darauf beschränkt, daß der Widerspruch wirksam erhoben werden kann, wenn der nichtfirmirende Socius zufällig Kunde von der beabsichtigten Vornahme erhält, sondern daß der firmirende Socius verpflichtet ist, die nichtfirmirenden vor der Vornahme eines solchen Geschäftes zu befragen. Den firmirenden Gesellschafter trifft rücksichtlich solcher Geschäfte die Anzeigepflicht gegenüber seinen sämmtlichen Mitgesellschaftern, gerade hierdurch unterscheidet sich das Widerspruchsrecht auf Grund der Art. 99 und 103 von demjenigen, welches die Art. 100 Abs. 2 und 102 Abs. 2 behandeln [6]). Hieraus ergibt sich aber weiter, daß im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander solche Geschäfte, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgeschäftes der Gesellschaft nicht mit sich bringt, überhaupt erst durch die Genehmigung der sämmtlichen Gesellschafter, mit Einschluß der nichtfirmirenden, für die Gesellschaft verpflichtend werden, worüber die Erläuterungen zu Art. 103 zu vergleichen sind.

III. Durch den Gesellschaftsvertrag, sei es durch den Gründungsvertrag oder durch eine spätere Verabredung unter sämmtlichen Gesellschaftern, können nicht nur diejenigen Geschäfte näher bestimmt werden, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen, sondern es kann den nichtfirmenden Gesellschaftern überhaupt auch ein weiter gehendes Widerspruchsrecht eingeräumt werden, denn die Bestimmungen des Art. 99 sind wie alle übrigen Bestimmungen dieses Abschnittes der vertragsmäßigen Abänderung unterworfen und kommen nur in Ermangelung besonderer und entgegenstehender Verabredungen zur Anwendung (Art. 90).

Im Gesellschaftsvertrage kann also unter Anderem die Bestimmung getroffen werden, daß der Gesellschafter P. Wolff zwar von der Geschäftsführung und von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sein soll, daß aber der Mitgesellschafter L. Herzer, obgleich derselbe allein die Geschäfte führt und die Gesellschaft nach Außen vertritt, gleichwohl verbunden sein soll, von allen Geschäften, deren Gegenstand eine bestimmte Summe (z. B. 10,000 Thlr.) übersteigt, vor Abschluß derselben dem Gesellschafter Wolff Kenntniß zu geben und dieselben auf erfolgten Widerspruch dieses Gesellschafters nicht einzugehen. Es kann ferner eine bestimmte Frist bestimmt werden, binnen welcher der Widerspruch zu erheben ist, widrigenfalls das Geschäft für genehmigt gilt. Und ebenso ist die Bestimmung zulässig, daß der nichtfirmirende Gesellschafter sich für die Ausübung dieses Widerspruchsrechtes in Abwesenheitsfällen durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen darf.

---

[6]) S. die Erläuterungen zu Art. 102.

Alle derartigen vertragsmäßigen Bestimmungen haben unter den Gesellschaftern volle Wirkung, Dritten gegenüber haben sie keine Kraft (Art. 116).

IV. Ausschließung sämmtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung.

Die vertragsmäßige Bestimmung braucht sich nicht darauf zu beschränken, daß einer oder mehrere der Gesellschafter von der Geschäftsführung entbunden sein sollen, sondern es ist auch die Verabredung zulässig, daß sämmtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein sollen. Ueber diesen Ausnahmefall, welcher durch bestimmte thatsächliche Verhältnisse veranlaßt werden kann und welcher bestimmten wirthschaftlichen Zwecken entspricht, in welchem aber in der Regel zugleich ein Prokurist für die Gesellschaft ernannt werden wird, ist in den Erläuterungen zum Art. 86 Ziffer 4 gehandelt worden, auf welche hier zu verweisen ist [7]).

Art. 100.

Wenn die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern mit der ausdrücklichen Beschränkung übertragen ist, daß einer nicht ohne den anderen handeln könne, so darf keiner allein Geschäfte vornehmen, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist.

Ist hingegen mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung ohne diese ausdrückliche Beschränkung übertragen, so darf jeder

---

[7]) Vgl. S. 88 Anm. 8. An letzterer Stelle ist hervorgehoben, daß eine solche Verabredung namentlich auch bei Verhandlungen zwischen einer Handelsgesellschaft und den Gläubigern derselben praktisch werden kann. Ein Akkordvertrag zwischen den Gläubigern der Handelsgesellschaft L. u. Comp. zu B. und deren Gläubigern enthielt in §. 6 folgende Bestimmung: „Die Inhaber der Firma verzichten bis zur Befriedigung der Gläubiger auf jede selbstständige Führung der Geschäfte, verpflichten sich vielmehr, Alles durch die Hand eines Prokuristen gehen zu lassen, welcher von dem Gläubigerausschusse gewählt und von den Geschäftsinhabern bestellt wird. Die Person, das Gehalt und die Kaution des Prokuristen bestimmt der Gläubigerausschuß. Der Prokurist muß von den Geschäftsinhabern entlassen werden, sobald der Ausschuß es verlangt".

derselben allein alle zur Geschäftsführung gehörenden Handlungen vornehmen. Jedoch muß, wenn einer unter ihnen gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch erhebt, dieselbe unterbleiben.

Pr. Entw. Art. 103 Abs. 2. — I. Entw. Art. 99. — II. Entw. Art. 99. — Protok. S. 192 f., 989, 4662.

I. Kollektivvertretung.

1) Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern ausschließlich übertragen, so entsteht die Frage, ob darin von selbst schon die Anordnung einer Kollektivvertretung nach Analogie der Kollektivprokura enthalten sei. Der Abs. 2 des Artikels verneint die Frage, ähnlich wie dieselbe auch bei der Ernennung mehrerer Prokuristen zu verneinen ist [1]). Die Beschränkung, daß von den mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern einer nicht ohne den anderen handeln darf, oder mit anderen Worten die Kollektivvertretung [2]), muß vielmehr ausdrücklich verabredet sein.

Wenn demnach der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthält, daß von den vier Gesellschaftern F. Meyer, L. Schiller, B. Rust und M. Becker nur die beiden erstgenannten zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, so liegt hierin allein noch nicht die Anordnung einer Kollektivvertretung rücksichtlich der ernannten Geschäftsführer, sondern es vertritt sowohl Meyer als Schiller die Gesellschaft selbstständig und jeder von ihnen kann alle zur Geschäftsführung gehörenden Handlungen allein vornehmen, namentlich auch allein die Firma der Gesellschaft zeichnen. Das im Absatze 2 des Artikels erwähnte Widerspruchsrecht der einzelnen geschäftsführenden Socii ist diesem besonderen Falle nicht eigenthümlich, sondern ergibt sich schon aus der allgemeinen Bestimmung des Art. 102.

Die Anordnung einer Kollektivvertretung liegt also nur dann vor, wenn im Vertrage weiter bestimmt ist, daß die Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft nur den beiden erstgenannten Gesellschaftern und zwar in Gemeinschaft zustehen soll, oder wenn ähnliche Ausdrücke gebraucht sind, aus denen

[1]) Vgl. Bd. I S. 320, zu Art. 41 Abs. 3.

[2]) Nachdem die Ausdrücke Kollektivvertretung, kollektive Geschäftsführung u. s. w. mit der im Text angegebenen Bedeutung in der Praxis rezipirt sind, so ergibt sich, daß die Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft als Kollektivgesellschaft (S. 3 dieses Bandes) gegenwärtig leicht zu einer Verwechselung mit der Kollektivvertretung Veranlassung geben kann und daß sich die Bezeichnung schon aus diesem Grunde nicht empfiehlt.

der Wille der Parteien, daß keiner der ernannten Geschäftsführer ohne den anderen oder ohne die anderen handeln soll, klar hervorgeht. Denn, was die im Vertrage selbst oder die bei der Anmeldung zum Handelsregister rücksichtlich der Kollektivvertretung zu wählenden Bezeichnungen betrifft, so sind die im Art. 100 enthaltenen Ausdrücke keineswegs als technische aufzufassen, wie sich schon aus der Vergleichung dieses Artikels mit dem Art. 86 Ziff. 4 ergibt [3]). Jedoch muß die in Rede stehende Beschränkung immer klar aus den gebrauchten Bezeichnungen hervorgehen; ist dies nicht der Fall, so streitet nach Abs. 2 unseres Artikels die gesetzliche Vermuthung zu Gunsten der Selbstständigkeit jedes geschäftsführenden Gesellschafters.

2) Wie bereits zu Art. 86 (S. 91) ausgeführt worden ist, kann die Kollektivvertretung auch in der Weise verabredet werden, daß sämmtliche Gesellschafter nur in Gemeinschaft handeln können; in diesem Falle ist zwar keiner der Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, allein keiner von ihnen kann selbstständig handeln [4]).

3) Hinsichtlich der Form, in welcher die Kollektivvertreter einer Handelsgesellschaft die Firma zu zeichnen haben, gilt das zu Art. 86 Ziff. 4 Bemerkte [5]).

4) Wenn ein Kollektivvertreter dem Dritten gegenüber sich so gerirt, als ob er im Einverständnisse und Auftrage der übrigen handle, während ein solches Einverständniß nicht besteht, so finden die Bestimmungen des Art. 55 Anwendung [6]). Denn das, was dieser Artikel über die Haft der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten bestimmt, findet auch Anwendung auf denjenigen, der sich für einen zur Vertretung befugten Gesellschafter ausgibt, ohne es zu sein, sowie auf denjenigen, der kraft speziellen Auftrages der Mitgesellschafter zu handeln vorgibt, ohne Auftrag zu haben. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß nach demselben Art. 55 diese Haftungspflicht dann nicht eintritt, wenn der Dritte den Mangel oder die Ueberschreitung des Auftrages kannte [7]).

---

[3]) Vgl. oben S. 179 Anm. 1.

[4]) Ueber den Unterschied einer solchen Kollektivvertretung von der Ausschließung sämmtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung s. oben S. 90 a. E.

[5]) Vgl. S. 93 f. dieses Bandes.

[6]) S. die Erläuterungen Bd. I S. 400 f. und Bd. II S. 118 Anm. 4.

[7]) Nicht auch, wenn der Dritte den Mangel kennen mußte, s. hierüber das zu Art. 55 §. 10 Bemerkte (Bd. I S. 409); diese Einrede ist unstatthaft, doch kann sich der Gesellschafter (und der angebliche Gesellschafter, falsus socius,) zum Beweise der Kenntniß des Dritten, solcher Thatsachen bedienen, welche

II. Gefahr im Verzuge.

1) Der Satz, daß die einmal bestellten Kollektivvertreter nur in Gemeinschaft handeln können, bildet jedoch nur die Regel, von welcher der Abs. 1 unseres Artikels eine bestimmte Ausnahme zuläßt. Die Ausnahme liegt dann vor, wenn Gefahr im Verzuge ist. In diesem Ausnahmefalle darf jeder der Kollektivvertreter allein handeln, denn zur Abwendung einer Gefahr von der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ebenso berechtigt wie verpflichtet.

Gefahr im Verzuge ist aber nur dann vorhanden, wenn es sich um Abwendung eines Schadens für die Gesellschaft handelt, der nur durch einen raschen Entschluß vermieden werden kann, nicht auch dann, wenn es sich um einen für die Gesellschaft zu erzielenden Gewinn handelt. Wer nur in der letzteren Absicht eigenmächtig handelt, thut dies auf seine eigene Gefahr und in der Regel wird es dann auf den Erfolg ankommen. Wer dagegen zur Abwendung eines drohenden Schadens in Abwesenheit des anderen Kollektivvertreters eigenmächtig handelt, für den kommt es nicht auf den schließlichen Erfolg seiner Handlung oder Unterlassung an, genug, daß Gefahr im Verzuge war und daß er die ihm obliegende Sorgfalt (Art. 94) angewandt hat.

Wenn also einem Bankhause aus gewöhnlich zuverlässiger Quelle die telegraphische Nachricht zugeht, daß in Folge einer staatlichen Maßregel gewisse amerikanische Papiere nicht mehr in Gold sondern in Papier verzinst werden sollen und der eine Kollektivvertreter dieses Bankhauses, dessen Inhaber eine Handelsgesellschaft ist, verkauft in Abwesenheit des anderen sofort sämmtliche Papiere, welche die Gesellschaft von jener Gattung besitzt, weil er befürchten muß, daß bei längerem Warten ein bedeutender Kursverlust entsteht, so muß die Gesellschaft diesen Verkauf dem Gesellschafter gegenüber anerkennen, sollte sich auch später wider Erwarten der Verkauf als nachtheilig herausstellen. Denn es war Gefahr im Verzuge und es wird nur vorausgesetzt, daß der Gesellschafter in dem Zeitpunkte seines Handelns die nöthige Sorgfalt (Art. 94) anwandte, daß er unter Anderem als vorsichtiger Kaufmann, jedoch immer in den Grenzen der subjektiven Diligenz nach Art. 94, bei Empfang der Depesche keine Veranlassung hatte, Mißtrauen in dieselbe zu setzen, daß er die gesammte Lage dabei berücksichtigte, daß er vielleicht noch Erkundigungen einzog, so weit dies ohne Zeitverlust möglich war.

---

die Vermuthung begründen, daß dem Dritten die wahre Sachlage nicht wohl unbekannt geblieben sei.

Wenn dagegen in demselben Falle der eine Kollektivvertreter, um die Konjunktur zu benutzen und der Gesellschaft einen Gewinn zu verschaffen, in Abwesenheit des anderen eigenmächtig ein Differenz- und Lieferungsgeschäft in jenen Papieren abschließt, ohne daß die Gesellschaft die Papiere besitzt, also ein reines Spekulationsgeschäft (Spekulation à la baisse), bei dem es sich nicht um Abwendung eines drohenden Schadens sondern um Erzielung eines gehofften Gewinnes handelt, so handelt hier der Gesellschafter auf seine eigene Gefahr, die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, dieses Geschäft anzuerkennen. Denn für die Gesellschaft war keine Gefahr im Verzuge, wie sie der Art. 100 voraussetzt [8]).

Eine besondere Handlung, welche ein Kollektivvertreter bei Gefahr im Verzuge allein vornehmen darf, hebt noch der Art. 104 hervor, es ist dies die Ernennung eines Prokuristen.

2) Entsteht unter den Gesellschaftern Streit, ob Gefahr im Verzuge war und ob mithin Grund zu der selbstständigen Handlung vorlag, so bleibt die Beurtheilung dieser Frage dem richterlichen Ermessen überlassen. Wird die Frage verneint, so ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, das geschlossene Geschäft oder die vorgenommene Handlung anzuerkennen, der Gesellschafter ist ihr vielmehr zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welcher aus der einseitig vorgenommenen Handlung oder Unterlassung für sie entsteht.

3) Wenn bei einer Kommanditgesellschaft oder einer Aktienkommanditgesellschaft die Kollektivvertretung für die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementare, Geranten) vertragsmäßig vorgeschrieben ist, so findet die Bestimmung unseres Artikels über das selbstständige Handeln bei Gefahr im Verzuge ebenfalls Anwendung. Denn wenn bei einer Kommanditgesellschaft, mit oder ohne Aktien, mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, so ist die Gesellschaft in Ansehung ihrer zugleich eine offene Handelsgesellschaft (Art. 150 Abs. 2) und es kommen rücksichtlich ihrer alle Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft und somit auch der Art. 100 zur Anwendung. Dieß ist besonders für die Aktienkommanditgesellschaften wichtig, weil die Kollektivvertretung bei vielen derselben vertragsmäßig eingeführt ist.

4) Der Dritte, welcher mit einem der Kollektivvertreter allein kontrahirte, während er in Folge der Veröffentlichung der bezüglichen Anordnung

---

[8]) Weitere Beispiele sind: die Schließung einer Assekuranz, eines Delkredere-Vertrages; Brinckmann §. 39 Anm. 11. Ferner die Fortsetzung eines Rechtsstreites, Ergreifung von Rechtsmitteln; Endemann §. 41 Anm. 10.

wissen mußte, daß der Gesellschafter nur in Gemeinschaft mit anderen handeln konnte (Art. 87 und 25 des HGB.), kann sich der Gesellschaft gegenüber, wenn sie die Anerkennung und Uebernahme des Geschäftes verweigert, nicht darauf berufen, daß Gefahr im Verzuge gewesen sei[9]). Dieser letztere Umstand kommt nur im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander in Betracht. Jedoch kann sich der Dritte die Ansprüche, welche dem Gesellschafter aus dem bezüglichen Geschäfte gegen die Gesellschaft zustehen, cediren lassen.

5) Die Bestimmung über die Gefahr im Verzuge ist als positive gesetzliche Vorschrift neu, indeß hatte die Doktrin schon vor dem HGB. den einzelnen Gesellschaftern diese Befugniß zugesprochen und zwar als Schlußfolgerung aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages[10]).

Uebrigens ist diese Bestimmung vom HGB. nicht auch auf die Kollektivprokura ausgedehnt und eine solche Ausdehnung würde sich auch nicht durch ein angebliches praktisches Bedürfniß rechtfertigen lassen. Denn nicht nur wurde bei den Berathungen zu Art. 41 des HGB. die Ausdehnung auf die Kollektivprokuristen ausdrücklich abgelehnt[11]), sondern es sprechen auch innere Gründe gegen dieselbe. Der offene Gesellschafter, welchem die Geschäftsführung der Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit anderen Gesellschaftern übertragen ist, führt nicht blos fremde Geschäfte sondern immerhin zugleich seine eigenen, denn er ist zugleich auch Geschäftsherr. Der Kollektivprokurist führt dagegen immer nur fremde Geschäfte, er kann seine Befugnisse auch nicht ausnahmsweise überschreiten, thut er letzteres, so thut er es auf seine Gefahr; die Befugniß zum selbstständigen Handeln kann jedoch dem Kollektivprokuristen durch den Prinzipal speziell ertheilt sein, solche Instruktionen berühren aber nur das innere Verhältniß zwischen Prinzipal und Prokuristen[12]).

---

[9]) S. jedoch oben S. 185 Ziff. 4.

[10]) Brinckmann §. 39 S. 145, 148. So namentlich die französische Doktrin, obgleich hier der Wortlaut des Art. 1858 des Code civil geradezu entgegenzustehen scheint. Dieser Artikel bestimmt, ein Kollektivvertreter könne selbst dann nicht ohne den anderen handeln, wenn der andere sich augenblicklich in der Unmöglichkeit befindet, bei der Verwaltung mitzuwirken. Allein schon Maleville bemerkt zu dieser Bestimmung (Analyse raisonnée du Code civ. T. III Art. 1858), dieselbe dürfe nicht zu wörtlich genommen werden, da es Fälle geben könne, in denen es absolut nothwendig sei zu handeln, um einen bedeutenden Schaden abzuwenden. Vgl. Delangle, Tr. des sociétés Nr. 178 und Gilbert zu Art. 1858 des Code civil.

[11]) Protok. S. 950.

[12]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 41 §. 5, Bd. I S. 320.

Art. 101.

Die im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehene Uebertragung der Geschäftsführung kann, so lange die Gesellschaft dauert, nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden.

Die Beurtheilung, ob eine rechtmäßige Ursache vorliege, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

Der Widerruf kann insbesondere in den im Art. 125 Ziffer 2 bis 5 bezeichneten Fällen für begründet erklärt werden.

Pr. Entw. Art. 103 Abs. 3. — I. Entw. Art. 100. — II. Entw. Art. 100. — Prot. S. 192, 989, 4519.

I. Wenn der offene Handelsgesellschafter hinsichtlich der ihm durch den Gesellschaftsvertrag ausschließlich oder in Gemeinschaft mit anderen übertragenen Geschäftsführung dem Prokuristen gleich stände, so würde die Uebertragung Seitens der übrigen Gesellschafter jederzeit widerrufen werden können (Art. 54 des HGB.), unbeschadet etwaiger pekuniärer Ansprüche, die aus einem solchen Widerrufe entstehen könnten.

Eine solche Gleichheit der Stellung zwischen Gesellschafter und Prokuristen besteht jedoch nicht; der Prokurist führt fremde Geschäfte, der Gesellschafter dagegen führt nicht blos fremde Geschäfte, nicht blos diejenigen seiner Mitgesellschafter, sondern zugleich seine eigenen. Der offene Gesellschafter hat ferner auch ein Recht auf die Geschäftsführung (Art. 102) zu einer Abänderung gehört einstimmiger Beschluß der Gesellschafter, also Verzicht des Gesellschafters auf die Geschäftsführung und Annahme dieses Verzichtes Seitens der übrigen.

Hat ein Gesellschafter auf sein Recht zur Geschäftsführung nicht verzichtet und will er auf dasselbe nicht verzichten, so kann ihm dasselbe auch nicht durch Kündigung oder Widerruf Seitens der Mitgesellschafter entzogen werden, sondern es bleibt den letzteren, wenn sie sich gegen die schlechte Geschäftsführung eines Mitgesellschafters schützen wollten, nur das Mittel der Auflösung der Gesellschaft im Wege der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigung (Art. 123 Z. 6, Art. 124), oder im Wege der Auflösungsklage (Art. 125, 127), oder endlich auch die Klage auf Ausschließung des Gesellschafters nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 128). Dasselbe gilt von dem umgekehrten Falle, wenn ein Gesellschafter die Geschäfts-

führung niederlegen will und die übrigen diese Niederlegung nicht annehmen; der Gesellschafter ist vertragsmäßig zur Fortführung der Geschäfte verpflichtet.

II. Eine theilweise Ausnahme von der Unwiderruflichkeit der Geschäftsführung findet nur in dem im Art. 101 bezeichneten Falle statt, nemlich dann, wenn die Geschäftsführung nicht allen Gesellschaftern zusteht, sondern wenn dieselbe einem oder mehreren der Gesellschafter ausschließlich übertragen ist. Obgleich auch alsdann die erfolgte Uebertragung der Geschäftsführung einen Bestandtheil des Gesellschaftsvertrages bildet und mithin dem gewöhnlichen Vertragsrechte nach wiederum nur vertragsmäßig, also nur unter Zustimmung aller Gesellschafter mit Einschluß der geschäftsführenden abgeändert werden könnte, so läßt sich doch nicht verkennen, daß in diesem Falle allerdings ein besonderes Vertrauensverhältniß besteht, namentlich den nichtfirmirenden Gesellschaftern gegenüber, und dieses besondere Verhältniß verlangt auch besonderen Schutz. Das HGB. gibt in diesem Falle den sämmtlichen Mitgesellschaftern das Recht, die übertragene Geschäftsführung zu widerrufen, wenn eine rechtmäßige Ursache vorhanden ist [1]). Ueber das Vorhandensein einer solchen Ursache soll im Falle der Weigerung des Gesellschafters, welchem die Geschäftsführung entzogen werden soll, das richterliche Ermessen und zwar insbesondere nach Maßgabe der in Art. 125 Ziff. 2 bis 5 bezeichneten Gründe entscheiden. Ein rein willkührlicher Widerruf wie bei der Prokura findet also auch hier nicht statt.

Die Mitgesellschafter haben in diesem Falle die Wahl, ob sie aus den im Art. 125 Z. 2 bis 3 bezeichneten Gründen auf Auflösung, oder auf Ausschließung (Art. 127) oder auf Widerruf der übertragenen Geschäftsführung klagen wollen. Wählen sie den letzteren Weg, so wird die Gesellschaft durch die erzwungene Absetzung eines Gesellschafters von der Geschäftsführung nicht aufgelöst, sondern besteht unter sämmtlichen Gesellschaftern fort und eben hierdurch unterscheidet sich dieser Weg von der Auflösungs- und von der Ausschließungsklage. Ob jedoch ein solcher Widerruf nicht weitere Folgen nach sich zieht, welche zur Auflösung der Gesellschaft führen, ist eine thatsächliche Frage. Es kann dies beispielsweise dann eintreten, wenn nach erfolgtem Widerrufe sich Niemand in der Gesellschaft findet, welcher nach dem bisherigen Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung verpflichtet wäre, oder sich jetzt dazu verpflichten wollte, und die Gesellschafter sich in diesem Falle auch nicht über die Bestellung eines Prokuristen einigen können; ferner

---

[1]) Die Bestimmung ist dem Art. 1856 des Code civil nachgebildet: Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure. Vgl. Motive zum preuß. Entwurfe S. 58.

auch dann, wenn die Gesellschaft mit spezieller Rücksicht darauf errichtet worden ist, daß gerade der jetzt von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter die Geschäfte führen soll (Art. 125 Ziff. 1).

III. Wie die Auflösungsklage, so steht auch das Recht des Widerrufes nach Maßgabe des Art. 101 jedem einzelnen Gesellschafter zu, nicht blos der Gesammtheit oder der Mehrheit, ebenso die durch diesen Artikel gegebene gerichtliche Klage auf Niederlegung der Geschäftsführung. Der Artikel 101 verweist in dieser Beziehung nicht auf den Art. 128, sondern auf den Art. 125 des HGB.

IV. Wenn der Widerruf der übertragenen Geschäftsführung Dritten gegenüber Wirkung haben soll, so muß die Thatsache der eingetretenen Entziehung in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden, Art. 87 und 25. Ist der Widerruf durch gerichtliches Urtheil ausgesprochen, so genügt die Produktion des Urtheiles, um die Eintragung des Widerrufes in das HGB. zu bewirken und es bedarf nicht noch einer besonderen Verordnung des Prozeßrichters, daß der Widerruf eingetragen werden solle [2]).

V. Nur die einem Gesellschafter als solchem übertragene oder überlassene Geschäftsführung ist im Prinzipe unwiderruflich. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn ein Gesellschafter zu der Gesellschaft nicht im Verhältnisse eines geschäftsführenden Socius sondern eines gewöhnlichen Mandatares, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten steht. Solche Mandatsverhältnisse sind stets widerruflich (Art. 54), sie unterliegen den gewöhnlichen Bestimmungen über den Vollmachtsvertrag und speziell über Handelsvollmachten [3]).

---

[2]) Erk. des Appellat.-Ger. zu Hamm v. 23. Sept. 1864 in Busch' Archiv Bd. IX S. 128 und bei Gruchot, Beiträge Bd X S. 86. S. auch die preuß. Instrukt. zur Führung der Handelsregister v. 12. Dez. 1861 §. 58.

[3]) Der Gegensatz besteht also darin: Vertragsmäßig übertragene Geschäftsführung als Gesellschafter und Geschäftsführung als bloßer Mandatar der Gesellschaft, wie dies auch Auerbach, d. neue Handelsges. 1. Abth. S. 114 richtig hervorhebt. Nicht aber ist dieser Gegegensatz richtig ausgedrückt, wenn man sich darauf beschränkt, zu sagen, eine nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages gegen die Bestimmung desselben geschehene Geschäftsübertragung sei widerruflich. Diese in den Protokollen S. 1.2 enthaltene Aeußerung, welche auch in Koch und v. Kräwel zu Art. 101 übergegangen ist, erschöpft das Wesen der Sache nicht vollständi.. Denn die in den Art. 99, 101, 102, 86 Ziff. 4 erwähnte Geschäftsführung kann auch nach Abschluß des ursprüng-

Bei einem geschäftsführenden Socius ist allerdings eine solche Doppelstellung in regelmäßigen Fällen kaum denkbar; Prokurist der Gesellschaft kann er nicht werden, denn seine Befugnisse gehen weiter als die des Prokuristen, nemlich hinsichtlich der Disposition über die Grundstücke (Art. 42, 114) und ferner auch, im Falle eine Kollektivvertretung besteht, hinsichtlich der Befugniß zum selbstständigen Handeln, sobald Gefahr im Verzuge ist (Art. 100 Abs. 1). Die Ernennung eines geschäftsführenden Gesellschafters zum Prokuristen würde also auf der einen Seite etwas Ueberflüssiges, auf der anderen Seite aber etwas enthalten, was Dritten gegenüber unwirksam ist, denn eine solche Ernennung würde eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß mindestens hinsichtlich der Grundstücke der Gesellschaft nach sich ziehen und jede Beschränkung des Umfanges der Vertretungsbefugniß hat Dritten gegenüber keine Wirkung (Art. 116) [4]).

Ebensowenig wird es aber in der Regel einen wirthschaftlichen oder juristischen Zweck haben, wenn ein geschäftsführender Socius außerdem noch für die Gesellschaft [5]) zum Handlungsbevollmächtigten irgend welcher Art bestellt wird, denn er vereinigt in seiner Person bereits alle Arten und Grade der Handlungsvollmacht und der Widerruf einer solchen besonderen Vollmacht würde für sich allein Dritten gegenüber deshalb ohne Wirkung sein, weil ungeachtet des Widerrufes die Befugniß des Gesellschafters zur Geschäftsführung so lange fortbestehen würde, als nicht auch diese in legaler Weise beendigt und die Beendigung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist.

---

lichen Gesellschaftsvertrages vertragsmäßig einem Gesellschafter übertragen, bezüglich wieder übertragen werden und eine solche Uebertragung ist dann eben so unwiderruflich als wenn sie gleich anfänglich erfolgt wäre. Der Art. 87 erwähnt eine solche nachträgliche Uebertragung ausdrücklich. Verschieden hiervon ist aber das bloße Vollmachtsverhältniß.

[4]) Eine besonders in Frankfurt a. M. mit Rücksicht auf das dortige Partikularrecht streitige Frage ist diese, ob eine Ehefrau dadurch, daß sie lediglich als Prokuristin ihres Ehemannes in dem Handelsgeschäfte des letzteren thätig ist, von der Haft für die Schulden desselben befreit wird und ihr Separationsrecht im Konkurse des Mannes behält. S. Bd. I S. 62, 63 und Erk. des O.-A.-Ger. zu Lübeck v. 19. März 1856 in der Sammlung der Entscheidungen in Frankfurter Rechtssachen Bd. II S. 345.

[5]) Nur von einem Mandate für die Gesellschaft ist hier die Rede, nicht von der Bevollmächtigung eines Gesellschafters in Privatangelegenheiten eines Mitgesellschafters.

Anders verhält es sich, wenn es sich um Ertheilung einzelner Aufträge an einen Gesellschafter oder um die Bevollmächtigung eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters handelt. Dieser kann, wenn er überhaupt im Besitze der civilrechtlichen Dispositionsfähigkeit ist, Dritten gegenüber jederzeit zum Prokuristen und zum Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft bestellt werden [6]). Ein rechtliches Hinderniß besteht Dritten gegenüber, hier ebensowenig wie bei Kommanditisten (Art. 167), wenn auch in einzelnen Fällen der Gesellschaftsvertrag eine solche Bevollmächtigung eines nichtfirmirenden Socius untersagen mag. Ist aber einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Socius die Prokura der Gesellschaft oder eine Handelsvollmacht ertheilt, so ist dieselbe unter denselben Voraussetzungen wie die Vollmacht eines Fremden widerruflich (Art. 104 und 118), die gesetzlichen Bestimmungen über die Unwiderruflichkeit der Uebertragung der Geschäftsführung (Art. 101) sind auf das Prokura- und Mandatsverhältniß nicht anwendbar.

Art. 102.

Wenn im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung nicht einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, so sind alle Gesellschafter zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft gleichmäßig berechtigt und verpflichtet.

Erhebt ein Gesellschafter gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch, so muß dieselbe unterbleiben.

Pr. Entw. Art. 104. — I. Entw. Art. 101. — II. Entw. Art. 101. — Prot. S. 194, 197 f., 989.

I. Das Gesetzbuch geht, wie schon das frühere Handelsrecht, von der prinzipiellen Gleichstellung sämmtlicher Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft in Betreff der Geschäftsführung aus. Sämmtliche Mitglieder sind zu der Geschäftsführung gleichmäßig berechtigt wie verpflichtet und jeder Gesellschafter kann auf Erfüllung der ihm hinsichtlich der Geschäftsführung obliegenden Pflichten verklagt und zu dieser Erfüllung gerichtlich verurtheilt wer-

---

[6]) Darüber, daß gegen die Prokura-Ertheilung an den nichtfirmirenden Gesellschafter ebenfalls noch Bedenken sprechen, s. v. Völderndorff in Busch' Archiv Bd. I S. 147.

den. Die Exekution kann im Weigerungsfalle in der Aufstellung eines Geschäftsführers auf Kosten des sich weigernden Gesellschafters bestehen, abgesehen von der allgemeinen Verpflichtung zum Schadensersatze [1]).

II. Eine vertragsmäßige Vertheilung der einzelnen Geschäfte und Verrichtungen unter die Gesellschafter ist nicht ausgeschlossen; es kann dem einen die Buchführung, dem anderen die Kasse, dem dritten das Waarenlager, oder es können dem einen die Geschäftsreisen oder der Besuch der Messen, dem anderen die technische Leitung eines Fabrikgeschäftes speziell übertragen sein. Hier kann es zweifelhaft werden, ob der Gesellschafter, dem ein bestimmter Geschäftszweig übertragen ist, die übrigen von dem Geschäftszweige ausschließen kann oder nicht, ob er also ein ausschließliches Recht, ein Vorrecht darauf hat oder nur eine ausschließliche Verpflichtung. Handelt es sich um einen Geschäftszweig, welcher dem Gesellschafter wegen dessen technischer Kenntnisse übertragen ist oder welche ihrer Natur nach eine einheitliche Führung voraussetzen [2]), so wird im Zweifel das erstere, handelt es sich um andere Leistungen, welche ihrer Natur nach von jedem Gesellschafter ausgeführt werden können (z. B. Geschäftsreisen), so wird das letztere anzunehmen sein [3]).

Dritten gegenüber hat eine solche Vertheilung der Geschäfte überall keine rechtliche Wirkung (Art. 116). Namentlich kann sich bei mangelhafter Buchführung der Gesellschaft kein Gesellschafter darauf berufen, daß nicht ihm sondern einem bestimmten Mitgesellschafter die Buchführung obgelegen habe [4]).

III. Die Geschäftsführung als solche kann nicht an einen Dritten und kann ebensowenig an einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter im Wege der Stellvertretung übertragen werden. Man pflegt dieses Verbot gewöhnlich so auszudrücken, ein Gesellschafter könne sich Niemanden in der Geschäftsführung substituiren, die Geschäftsführung ist vielmehr in noch höherem Grade wie die Prokura (Art. 53) etwas höchst Persönliches [5]). Wohl aber kann ein Gesellschafter sich Beihülfe leisten lassen,

---

[1]) Vgl. v. Völderndorff in Busch' Archiv Bd. I S. 283.

[2]) Zu diesen Geschäften gehört in d.r Regel auch die Buchführung. Brinckmann §. 39 Anm. 3.

[3]) Brinckmann §. 39 I.

[4]) Auch nicht im Strafprozesse bei der Anklage auf fahrlässigen oder betrügerischen Bankerott. S. Art. 105.

[5]) Brinckmann §. 39 I. Endemann §. 41 I.

sei es durch einen Dritten, sei es durch einen nichtfirmirenden Gesellschafter, und es ist dann wiederum zu unterscheiden, ob der Gehülfe im persönlichen Dienste des Gesellschafters oder im Dienste der Gesellschaft steht. Im ersteren Falle gilt dasselbe, was von dem persönlichen Gehülfen eines Prokuristen gilt [6]), der Gehülfe hat überall keine Ansprüche gegen die Gesellschaft, etwa wegen des Salairs, noch hat die Gesellschaft Ansprüche gegen den Gehülfen.

IV. Hinsichtlich der Berechtigung zur Geschäftsführung findet der dem Civilrechte angehörende weitere Unterschied zwischen bloßen Verwaltungs- und Veräußerungshandlungen keine Anwendung. Die Motive zum preußischen Entwurfe heben mit Recht hervor, daß die Verwaltung des Handelsgewerbes gerade vorzugsweise in der Vornahme von Veräußerungen besteht [7]).

V. Widerspruch der übrigen Gesellschafter.

1) Eine andere Schranke für die Selbstständigkeit jedes geschäftsführenden Gesellschafters liegt in dem Widerspruchsrechte jedes der übrigen firmirenden Gesellschafter gegen jede Handlung, welche ein Gesellschafter für die Gesellschaft vorzunehmen beabsichtigt. Dieses Widerspruchsrecht ist schon zu Art. 101 erwähnt worden. Aus dem Widerspruchsrechte folgt keineswegs auch die Verpflichtung eines geschäftsführenden Gesellschafters, seine Mitgesellschafter vorher davon in Kenntniß zu setzen, wenn er eine Handlung für die Gesellschaft vornehmen will, damit sie eventuell von ihrem Widerspruchsrechte Gebrauch machen können. Eine solche Anzeigepflicht kann aber durch den Gesellschaftsvertrag eingeführt werden und kommt in den Gesellschaftsverträgen in der That in den mannichfachsten Formen und Modifikationen vor, sie wird mitunter bis zu der Verpflichtung ausgedehnt, daß die Gesellschafter, obgleich keine Kollektivvertretung stattfindet, dennoch überhaupt keine Geschäfte oder doch keine wichtigeren Geschäfte ohne vorgängige Berathung und Zustimmung der übrigen vornehmen sollen [8]).

Derartige Verpflichtungen und Beschränkungen haben allerdings Dritten gegenüber keine Wirkung (Art. 116), wohl aber haben sie Wirkung unter den Gesellschaftern selbst. Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander müssen sie eingehalten werden und die Nichterfüllung zieht nicht nur die Verpflichtung zum Schadensersatze nach sich, sondern es kann bei fortgesetzter und unentschuldbarer Verletzung solcher Vertragsbestimmungen

---

[6]) S. Bd. I S. 326, 327.

[7]) Vgl. Motive S. 57.

[8]) Vgl. die Erläuterungen S. 182 §. III.

Seitens eines oder mehrerer Gesellschafter auch auf Auflösung geklagt werden. Der Art. 125 Ziffer 3 hebt den Fall, wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt, ausdrücklich als einen Auflösungsgrund hervor und wenn auch im einzelnen Falle sehr viel auf die konkreten Umstände ankommt, so ist doch andererseits so viel gewiß, daß vertragsmäßige Verpflichtungen der angegebenen Art hinsichtlich der Geschäftsführung prinzipiell nicht zu den unwesentlichen sondern zu den wesentlichen Verpflichtungen der Gesellschafter gehören, da sie einen Theil der ausgesprochenen vertragsmäßigen Voraussetzungen bilden, unter denen die Gesellschaft errichtet worden ist. Und an dieser rechtlichen Eigenschaft jener Beschränkungen und Verpflichtungen wird auch dadurch nichts geändert, daß dieselben Dritten gegenüber unwirksam sind, denn die wesentlichen Verpflichtungen, deren Verletzung die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht (Art. 125 Ziff. 3), sind eben die wesentlichen Verpflichtungen der Gesellschafter unter einander nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages sowie nach Maßgabe des zweiten Abschnittes dieses Titels.

2) Das Recht, gegen eine Handlung, welche ein Gesellschafter vorzunehmen beabsichtigt, vor der Vornahme derselben Widerspruch zu erheben, so daß sie alsdann unterbleiben muß, steht in Ermangelung besonderer Verabredung jedem geschäftsführenden Gesellschafter zu. Der Widerspruch (Veto) eines einzelnen Gesellschafters kann die Vornahme einer Handlung selbst dann hindern, wenn alle übrigen mit der letzteren einverstanden sind[9]).

Sind also mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, so entscheidet über die Vornahme einer Handlung nicht die Majorität der Gesellschafter. Allerdings hatte der preußische Entwurf den Grundsatz der Majoritätsbeschlüsse aufgenommen [10]). Dieser Grundsatz war dem preußischen Landrechte (I, 17,

---

[9]) Das HGB. ist der bekannten Rechtsregel gefolgt: In pari causa melior est prohibentis conditio Man drückt dies häufig auch so aus, daß zur gültigen Vornahme einer Handlung im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander entweder ausdrückliche oder doch stillschweigende Einstimmigkeit gehöre. Uebrigens gilt jener Grundsatz auch nur, soweit sich derselbe mit der unter den Gesellschaftern erforderlichen bona fides verträgt.

[10]) Preuß. Entwurf Art· 104 Abs. 2 und Art. 105: „Treten die Gesellschafter über die Vornahme einer Handlung in Widerspruch, so entscheidet der Beschluß aller Gesellschafter. Die Beschlüsse der Gesellschafter werden nach Stimmenmehrheit gefaßt; die Mehrheit wird nach Köpfen berechnet. Ist Stimmenmehrheit nicht zu erlangen, so muß die Handlung, in Ansehung deren Beschluß gefaßt werden soll, unterbleiben.“ Gemeinrechtlich galt das

§. 209) entnommen, welches im Gegensatze zum römischen und gemeinen Rechte die Mehrheitsbeschlüsse auf alle Gesellschaften, nicht blos auf die Handelsgesellschaften, ausgedehnt hat. Auch die französische Praxis hat im Gegensatze zum Wortlaute des Art. 1859 des Code civ. [11]) bis in die neueste Zeit angenommen, daß die Bestimmung dieses Artikels auf Handelsgesellschaften keine Anwendung finde und daß bei diesen in Verwaltungsangelegenheiten vielmehr die absolute Stimmenmehrheit nach Köpfen entscheide [12]). Die Motive zum preußischen Entwurfe hielten an diesem Grundsatze so streng fest, daß sie den Handelsbetrieb für kaum möglich erklärten, wenn die Vornahme eines jeden Geschäftes an dem willkürlichen Widerspruche eines Einzelnen scheitern könnte [13]). Allein die Möglichkeit, daß der Handelsbetrieb der offenen Gesellschaft durch die Uneinigkeit der Gesellschafter leidet, ist eine in der Natur der Sache liegende Eigenthümlichkeit dieser Form der Handelsunternehmung, die Gesellschafter müssen bei der Errichtung der Gesellschaft selbst beurtheilen, ob die Vortheile, welche aus der Vereinigung für sie entstehen, nicht durch jene nachtheilige Möglichkeit aufgehoben werden. Die Möglichkeit einer Meinungsverschiedenheit der geschäftsführenden Gesellschafter ist auch nicht die alleinige Schattenseite der offenen Handelsgesellschaft, es sind mit

---

Prinzip der Stimmeneinheit, nicht das der Majorität, dies lehrt schon J. H. Böhmer, Consult. et Decis. Tom. III P. II resp. 325.

[11]) Code civil Art. 1859 Ziff 1: Ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclu.

[12]) In der französischen Doktrin besteht hierüber Einstimmigkeit, der Satz scheint niemals bezweifelt worden zu sein. Vgl. Troplong, Tr. des sociétés Nr. 720, 722; Pardessus, Droit commercial Nr. 979; Malpeyre et Jourdain, Sociétés commerc. Nr. 121, 122; Duvergier, Sociétés Nr. 286, 288; Delangle Sociétés Nr. 130, 134. S. auch Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechtes § 39 Anm. 9. Allein nur in Verwaltungsangelegenheiten soll Stimmenmehrheit gelten, d. h. der Beschluß muß sich innerhalb der Grenzen des Gesellschaftsvertrages halten, wenn die Minorität an den Beschluß gebunden sein soll, s. die gerichtlichen Erkenntnisse bei Gilbert, Code civil annoté Art. 1859.

[13]) Motive S. 58, 59. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung steht der Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuches von 1864, dessen Verfasser in den Motiven bemerkt: „Der Majoritätsbeschluß ist der Sache durchaus angemessen und es ist eine Täuschung, zu glauben, es liege darin eine Verletzung der Rechte des einzelnen Gesellschafters." (Munzinger, Motive S. 63.)

derselben andere viel größere Gefahren für die einzelnen Mitglieder verbunden [14]) und es ist zweifellos, daß ihre Errichtung ein volles wechselseitiges Vertrauen voraussetzt, welches sich nicht unter das Schema der Majoritätsbeschlüsse bringen läßt, wenigstens nicht durch gesetzliche, alle Fälle a priori umfassende Bestimmungen.

Das Prinzip der Majoritätsbeschlüsse wurde denn auch bei den Nürnberger Berathungen verworfen (Prot. S. 197 bis 204), weil es im Widerspruche mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft stehe; man rechtfertigte das gemeinrechtliche Prinzip der Stimmeneinhelligkeit theils aus der vollen und solidarischen Haft aller Gesellschafter, theils daraus, daß der Wille des einzelnen Gesellschafters in der Gesellschaft nicht untergehe, sondern in derselben fortbestehe.

Ferner aber ist bei der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit des individuellen Widerspruchsrechtes nicht zu übersehen, daß die natürliche Schranke dieses Rechtes in der den übrigen Gesellschaftern zustehenden Auflösungsklage liegt. So wenig die Auflösung schon dann gefordert werden kann, wenn ein Gesellschafter in vereinzelten Fällen einen willkürlichen Widerspruch gegen beabsichtigte nützliche Handlungen eines Mitgesellschafters erhoben hat [15]), so sehr erscheint die Auflösungsklage dann begründet, wenn dies wiederholt geschieht, denn eine solche willkürliche Handlungsweise (Chikane) eines Gesellschafters kann die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unter Umständen unmöglich machen (Art. 125, 128). Selbstverständlich ist es aber völlig zulässig, daß das

---

[14]) Ueber die Schattenseiten der offenen Handelsgesellschaft, welche von der Theorie nur zu leicht übersehen werden, vgl. Schäffle, Nationalökonomie (Leipzig 1861) §. 155 und 158. Sie bestehen nicht blos in der Möglichkeit verschiedener Meinungen, sondern auch verschiedener Interessen, und in der dadurch hervorgebrachten Lähmung der Energie und Raschheit der Handlung. Das Etablissement des Einzelkaufmannes ist von diesen Nachtheilen frei, es ist deshalb das sicherste und allgemeinste.

[15]) Der von einer Seite beantragte Zusatz zu Abs. 2 des Artikels: „sofern der Widerspruch durch den Richter nicht für ungerechtfertigt erklärt wird", wurde ausdrücklich verworfen (Prot. S. 990, 991). Bei Handlungen, welche die Gesellschaft kraft einer Rechtspflicht vornehmen muß, also z. B. bei schuldigen Zahlungen, kann der Widerspruch allerdings keine Wirkung haben, da die Gesellschaft zu der Handlung gerichtlich gezwungen werden kann, bei anderen Handlungen dagegen würde der Richter in jedem einzelnen Falle die Zweckmäßigkeit der Handlung prüfen müssen und dann entscheiden, ob sie vorgenommen werden solle oder nicht.

Prinzip der Majoritätsbeschlüsse unter den Gesellschaftern speziell verabredet wird (Art. 90); ist dies geschehen, so kommt dasselbe auch ganz nach Maßgabe des Vertrages zur Anwendung [16]).

Alles dasjenige, was hier über das Widerspruchsrecht der einzelnen Gesellschafter auf Grund des Art. 102 bemerkt worden ist, gilt auch von dem im Art. 100 Abs. 2 erwähnten Widerspruchsrechte.

Art. 103.

Ein Beschluß der sämmtlichen Gesellschafter muß vor der Vornahme von Geschäften eingeholt werden, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, oder welche dem Zwecke derselben fremd sind.

Dies ist auch dann erforderlich, wenn die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist.

Zur Fassung des Beschlusses ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Ist diese nicht zu erlangen, so muß die Handlung, in Ansehung deren Beschluß gefaßt werden soll, unterbleiben.

Pr. Entw. Art. 105, 106. — I. Entw. Art. 102. — II. Entw. Art. 102. — Protok. S. 197 f., 991.

I. Wenn auch nach Außen die geschäftsführenden Gesellschafter zu Handelsgeschäften jeder Art für ermächtigt gelten (Art. 114—116), ohne Unterschied, ob das abgeschlossene Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftskreise der Gesellschaft gehört oder nicht, und ohne daß der dritte Kontrahent des Gesellschafters diesen Unterschied zu beachten hat [1]), so kommt doch diese

---

[16]) Vgl. Statut der „Berliner Handelsgesellschaft" vom J. 1856, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit einer Mehrheit von persönlich haftenden Gesellschaftern oder Geschäftseigenthümern, welche nach Art. 150 des HGB. unter sich eine offene Handelsgesellschaft bilden, §. 43: „Die Eigenthümer der Firma, welche die Gesellschaft nach Außen hin allein und ausschließlich vertreten, leiten die Geschäfte derselben nach den von ihnen kollegialisch durch Stimmenmehrheit zu fassenden Beschlüssen."

[1]) Auf die bona oder mala fides des Dritten kommt es hierbei nicht an.

Unterscheidung im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander sehr wohl in Betracht. Denn im Verhältniß nach Innen sind die geschäftsführenden Socii nur hinsichtlich solcher Geschäfte und Handlungen, welche der gewöhnliche Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, selbstständig ermächtigt (Art. 102) und nur hinsichtlich solcher Geschäfte sind die nichtfirmirenden Gesellschafter von jedem Einflusse auf die Geschäftsführung ausgeschlossen (Art. 99).

Dagegen besteht jene Selbstständigkeit nicht auch hinsichtlich solcher Handlungen, welche entweder über den gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, oder welche dem Zwecke derselben fremd sind.

Diese beiden Kategorieen von Geschäften sind insofern nicht identisch, als ein Geschäft zwar über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen kann, ohne daß es deshalb dem Gesellschaftszwecke fremd zu sein braucht. Wenn in Folge des Freiwerdens der Werke Schiller's und Göthe's der Associé einer Verlagsbuchhandlung den Druck von hunderttausend Exemplaren jener Werke auf Spekulation bestellt, wenn ferner einem Käufer für einen beträchtlichen Posten ein größerer Kredit gewährt werden soll als die Gesellschaft gewöhnlich zu geben pflegt, oder wenn ein Detaillist Wechselaccepte über bedeutendere Beträge ausstellt, so sind dies keine Geschäfte, welche dem Zwecke der Gesellschaft fremd wären, wohl aber sind es solche, welche über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen. Dagegen kann man allerdings umgekehrt sagen, daß Geschäfte, die dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind, zugleich auch über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen [2]).

Ueber die Frage, ob das Eine oder das Andere der Fall sei, entscheidet nicht der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag allein, sondern der Richter hat dabei zugleich auch die gesammte Entwickelung der Gesellschaft zu berücksichtigen; das zu Art. 99 Bemerkte kommt auch hier zur Anwendung. Die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gehört jedoch nicht zu denjenigen Geschäften, auf welche sich der Art. 103 bezieht, diese Anstellungen betreffen nicht den Umfang sondern die Art und Weise des Geschäftsbetriebes und richten sich lediglich nach der Spezialbestimmung des Art. 104 [3]).

---

[2]) Z. B. wenn ein Bankgeschäft die Lieferung von Proviant und Fourage für ein Armeekorps übernimmt, wie dies bei Mobilmachungen vorkommt. Oder wenn die Gesellschaft zur Deckung ihrer Forderungen ein fremdes Etablissement übernimmt, mit oder ohne Abfindung der übrigen Gläubiger.

[3]) S. die Erläuterungen zu Art. 104 und v. Kräwel in Busch' Archiv

II. Rücksichtlich dieser beiden Kategorieen von Handlungen ist die Selbstständigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter in mehrfacher Weise beschränkt.

1) Die geschäftsführenden Gesellschafter sind verpflichtet, vor der Vornahme solcher Handlungen den Beschluß der übrigen einzuholen; es trifft sie eine Anzeigepflicht, welche bei den gewöhnlichen Geschäften nicht besteht[4]).

2) Nicht blos die übrigen geschäftsführenden Socii müssen vorher befragt werden, sondern sämmtliche Gesellschafter, auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, das Gesetzbuch hebt dies durch Abs. 2 des Artikels ausdrücklich hervor.

3) Stimmen nicht sämmtliche Gesellschafter zu, mit Einschluß der nichtfirmirenden, so muß die Handlung unterbleiben, auch hier entscheidet nicht die Majorität[5]).

4) Der Fall, daß Gefahr im Verzuge ist, Art. 100 Abs. 1, begründet hier keine Ausnahme, jedoch kann die Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter selbstverständlich auch nachträglich erfolgen, es tritt dann Ratihabition ein.

III. Uebertritt ein Gesellschafter diese Vorschriften, so gilt das Geschäft im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander als ein Geschäft für eigene Rechnung des Gesellschafters. Ferner haftet der letztere auch noch für allen Schaden, welcher die Gesellschaft aus dem Geschäfte trifft und außerdem kann eine Verletzung dieser Pflichten auch die Auflösung der Gesellschaft (Art. 125) oder die Ausschließung des Gesellschafters (Art. 128) nach sich ziehen.

Bd. IV S. 17 gegen von Hahn §. 1 und 2 zu Art. 104. Auch beim Prokuristen gehört wenigstens die Bestellung, die Entlassung und die Instruktion von Handlungsbevollmächtigten zu den gewöhnlichen Befugnissen desselben, und der Gesellschafter kann nicht schlechter gestellt werden als der Prokurist. Vgl. Bd. I S. 326, 327 zu Art. 42.

[4]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 102 Abs. 2.

[5]) Ueber den Fall, wenn einige der Gesellschafter zustimmen, andere nicht, siehe die Erläuterungen zu Art. 97 §. III.

Art. 104.

Zur Bestellung eines Prokuristen ist, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, die Einwilligung aller geschäftsführenden Gesellschafter, und wenn keine solchen ernannt sind, die Einwilligung aller Gesellschafter erforderlich.

Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Ertheilung derselben befugten Gesellschafter geschehen.

Pr. Entw. Art. 107. — I. Entw. Art. 103. — II. Entw. Art. 103. — Protok. S. 194, 197 f., 991.

I. Bestellung eines Prokuristen.

1) Obgleich der Prokurist einer Handelsgesellschaft die ganze Gesellschaft und nicht blos die geschäftsführenden Gesellschafter vertritt, so steht doch die Bestellung desselben nur den letzteren zu; diejenigen Gesellschafter, welche von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, können weder eine Prokura für die Gesellschaft ertheilen, noch steht ihnen gesetzlich überhaupt eine Mitwirkung bei der Ertheilung derselben zu.

Nach dem HGB. erscheint die Bestellung eines Prokuristen als ein Bestandtheil der Geschäftsführung; nach Außen ist dies unbedingt und ohne Einschränkung der Fall (Art. 118), nach Innen aber ist diese Befugniß durch die Bestimmung des Art. 104 über die Einstimmigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter besonders geregelt [1]).

Durch den Gesellschaftsvertrag kann auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern das Recht der Mitwirkung bei der Ertheilung der Prokura eingeräumt werden, die Zulässigkeit dieser Bestimmung ergibt sich aus der Stellung des Art. 104 im zweiten Abschnitte unseres Titels (Art. 90) [2]). Eine solche Verabredung würde jedoch nur im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander wirksam sein, nicht auch Dritten gegenüber; Dritten gegenüber würde die Verabredung als eine Beschränkung der Ver-

---

[1]) Die im Art. 104 getroffene Spezialbestimmung kommt allein zur Anwendung, nicht daneben noch der Art. 103. S. S. 200 Anm. 3 und unten S. 206 Anm. 8.

[2]) Kann sich eine Handelsgesellschaft doch auch ihren Gläubigern gegenüber verpflichten, eine von diesen benannte Persönlichkeit zum Prokuristen zu bestellen und dieselbe auch auf Verlangen der Gläubiger zu entlassen. Vgl. den S. 183 Anm. 7 mitgetheilten Fall.

tretungsbefugniß der geschäftsführenden Gesellschafter erscheinen und aus diesem Grunde ohne Wirkung sein (Art. 116 und 118).

Wenn also der geschäftsführende Gesellschafter A ohne Einwilligung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters B einen Prokuristen ernennt, während nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Einwilligung des B eingeholt werden soll, so ist dieser Prokurist Dritten gegenüber vollkommen gültig bestellt, die Ertheilung der Prokura wird in das Handelsregister eingetragen, die Gesellschaft wird durch die Handlungen desselben berechtigt und verpflichtet und der Socius B kann Dritten gegenüber sich der Einrede, die Bestellung sei ohne seine vertragsmäßig nothwendige Einwilligung erfolgt, nicht bedienen.

Ebensowenig kann er sich durch den Widerruf der Prokura schützen, denn dieser Widerruf steht ihm gesetzlich nicht zu (Art. 104); sollte er ihm aber vertragsmäßig zustehen, so würde der Widerruf, so lange derselbe nicht in das Handelsregister eingetragen und gerichtlich bekannt gemacht ist, doch Dritten gegenüber keine Wirkung haben, weil Dritten gegenüber die Prokura nur durch einen geschäftsführenden Socius wirksam aufgehoben wird (Art. 118).

Gleichwohl ist der nichtfirmirende Gesellschafter in diesem Falle nicht völlig rechtlos, er ist vielmehr anderweitig und zwar in dreifacher Weise geschützt. Es bleibt ihm:

a) die Klage gegen seinen Mitgesellschafter auf Vornahme des Widerrufes der vertragswidrig ertheilten Prokura und auf Anmeldung des Widerrufes zum Handelsregister. Bei Weigerung des Verklagten kann die Aufhebung der Prokura durch gerichtliches Urtheil ausgesprochen und auf Grund des Urtheiles in das Handelsregister eingetragen werden [3]). Mit der Klage auf Widerruf kann die Schadensersatzklage verbunden werden, wenn ein Schaden nachweisbar ist.

b) Der Anspruch auf Schadensersatz steht aber dem Gesellschafter auch selbstständig und ohne Rücksicht auf den Widerruf zu. Da der geschäftsführende Gesellschafter in Folge seiner vertragsmäßigen Verpflichtung hier überhaupt nicht zur Anstellung für sich allein befugt war, so haftet er für allen Schaden aus den Handlungen des Angestellten, nicht blos für das bei der Auswahl desselben begangene Versehen (culpa in eligendo).

c) Auch die Klage auf Auflösung der Gesellschaft wegen Vertragsverletzung kann zulässig sein, letztere Klage jedoch nur nach Lage des Falles und unter Berücksichtigung aller begleitenden Umstände (Art. 125).

---

[3]) Der Fall ist analog wie der Widerruf der Geschäftsführung, welcher durch ein gerichtliches Erkenntniß ausgesprochen wird. S. oben S. 191 Anm. 2.

d) Gefahr im Verzuge würde aber auch bei einer solchen besonderen vertragsmäßigen Verabredung in Betracht kommen.

e) Ganz abgesehen von allen besonderen vertragsmäßigen Verabredungen steht aber der Gesellschaft und auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern die Schadensersatzklage in dem Falle zu, wenn dem geschäftsführenden Gesellschafter ein Versehen bei der Wahl des angestellten Prokuristen oder Bevollmächtigten nachgewiesen werden kann (Art. 94) [4]), sowie ferner auch die Auflösungsklage gegen den firmirenden Gesellschafter in dem Falle, wenn demselben bei der Bestellung des Prokuristen eine Unredlichkeit nachgewiesen werden kann (Art. 125 Ziff. 2).

2) Erscheint die Ertheilung der Prokura als ein Akt der Geschäftsführung, so ist sie doch immerhin wegen der weitgehenden Befugnisse des Prokuristen ein besonders wichtiger Akt und hieraus erklärt sich die Ausnahmebestimmung des Artikels, daß zur Bestellung eines Prokuristen die Einwilligung sämmtlicher geschäftsführenden Gesellschafter, also Einstimmigkeit, erforderlich ist. Eine Ausnahme findet dann statt, wenn Gefahr im Verzuge ist, in diesem Falle ist jeder geschäftsführende Gesellschafter für sich allein zur Ertheilung der Prokura berechtigt, die übrigen sind jedoch auch hier durch das Recht des Widerrufes geschützt. Ueber die Frage, wann Gefahr im Verzuge vorhanden sei, sind die Erläuterungen zu Art. 100 zu vergleichen. Diese Ausnahmebestimmung des Artikels ist jedoch nicht dahin zu verstehen, daß bei Gefahr im Verzuge die Bestellung eines Prokuristen auch von einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter erfolgen könnte. Will ein solcher Gesellschafter bei Gefahr im Verzuge, ungeachtet seiner Ausschließung von der Geschäftsführung, für die Gesellschaft handeln, so thut er dies auf seine eigene Gefahr und es wird dann in der Regel auf den Erfolg ankommen.

Die gesetzliche Vorschrift über die Einstimmigkeit kann durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Ob auch durch einen Vertrag der geschäftsführenden Gesellschafter unter sich? Die Frage wird zu bejahen sein, da ein geschäftsführender Gesellschafter nicht gehindert ist, seine Einwilligung zu einer Geschäftshandlung des anderen im Voraus zu ertheilen oder diese Einwilligung durch besondere Verabredungen mit letzterem zu regeln.

Ferner aber hat auch die gesetzliche Vorschrift über die Einstimmigkeit sowie die vertragsmäßige Aenderung derselben nur Wirkung unter den Gesellschaftern selbst; Dritten gegenüber ist jeder geschäftsführende

---

[4]) Culpa in eligendo s. S. 203.

Socius für sich allein zur Ertheilung der Prokura berechtigt (Art. 118); Dritte sind also nicht verpflichtet, sich darüber zu vergewissern, ob die Prokura einstimmig ertheilt ist oder nicht, und ebensowenig besteht eine solche Verpflichtung für das Handelsgericht bei der Anmeldung der Prokura zum Register, auch hier genügt es, daß die Ertheilung durch einen der geschäftsführenden Gesellschafter erfolgt ist, denn das Handelsregister nimmt die angemeldeten Thatsachen nur mit Rücksicht auf die Wirkung derselben gegenüber Dritten auf.

Will man demnach in der Bestimmung des Art. 104 eine gewisse Verwandtschaft mit der Kollektivvertretung erblicken, so ist dieser Vergleich nur im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander richtig, denn Dritten gegenüber ist die Beschränkung des Art. 104 wirkungslos, während die Kollektivvertretung ihre Wirkung gerade Dritten gegenüber äußert [5]).

3) Hat ein geschäftsführender Gesellschafter die Bestimmungen über die Einstimmigkeit bei Ertheilung der Prokura, soweit dieselben nicht vertragsmäßig abgeändert sind, übertreten, so können sich die übrigen firmirenden Gesellschafter nicht allein durch den Widerruf der Prokura schützen (Art. 104 Abs. 2 und Art. 118), sondern sie können sich ferner auch der Schadensersatzklage und der Auflösungsklage in derselben Weise bedienen, wie dies oben (S. 203) ausgeführt ist. Sollte ein firmirender Gesellschafter auf das Recht des Widerrufes verzichtet haben, so würde dieser Verzicht Dritten gegenüber keine Wirkung haben, weil derselbe eine nach Außen unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugniß enthält (Art. 116 und 118); im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander kann dagegen eintretenden Falles ein solcher vertragswidriger Widerruf umgekehrt eine Schadensersatzklage der Gesellschaft sowie die Auflösungsklage gegen den Gesellschafter zur Folge haben.

4) Die Bestellung eines Prokuristen steht auch denjenigen wirthschaftlichen Genossenschaften zu, welche nach den Vorschriften des preußischen Genossenschafts-Gesetzes vom 27. März 1867 in das Genossenschaftsregister eingetragen sind und dadurch kaufmännische Rechte erlangt haben [6]).

5) Ueber die Frage, ob ein offener Handelsgesellschafter zum Prokuristen seiner eigenen Gesellschaft bestellt werden könne, sind die Erläuterungen zu Art. 101 §. V zu vergleichen [7]).

---

[5]) S. auch die Erläuterungen zu Art. 118.

[6]) Vgl. oben S. 68 Anm. 93 und Parisius, Genossenschaftsgesetz S. 66, 67. Für die verneinende Ansicht hat man sich mit Unrecht auf die Analogie der Aktiengesellschaften berufen; vgl. Blätter f. Genossenschaftswesen 1868 Nr. 22.

[7]) Einen Fall, in welchem hinsichtlich der von der Geschäftsführung aus-

II. Bestellung von Handlungsbevollmächtigten.

Die Vorschrift des Art. 104 über die Ertheilung der Prokura durch Einwilligung sämmtlicher Gesellschafter erstreckt sich nicht auch auf die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten (HGB. Art. 47—50). Die Bestellung wie die Entlassung von Handlungsbevollmächtigten (Art. 54) ist ein gewöhnlicher Bestandtheil der Geschäftsführung, dieselbe steht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern, diesen aber nicht in Gemeinschaft sondern jedem von ihnen selbstständig zu [8]). Eine entgegenstehende Verabredung hat wohl unter den Gesellschaftern, nicht aber Dritten gegenüber rechtliche Wirkung, eine solche Verabredung würde eine nach Außen unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugniß enthalten (Art. 116). Eine Ausnahme findet hier nur in dem Falle statt, wenn unter den Gesellschaftern eine Kollektivvertretung besteht (Art. 100).

Gegen die Gefahr, daß ein firmirender Gesellschafter die Vorschrift des Artikels dadurch zu umgehen sucht, daß er den von ihm ohne Einwilligung der übrigen ernannten Bevollmächtigten zwar nicht zum Prokuristen bestellt, wohl aber ihm die wichtigsten einzelnen materiellen Befugnisse eines Prokuristen durch besondere Vollmacht ertheilt (Art. 47 Abs. 2), sind die übrigen Gesellschafter durch das Recht des Widerrufes und bei Arglist des Gesellschafters durch die oben erwähnten Klagen auf Schadensersatz und eventuell auf Auflösung der Gesellschaft geschützt.

III. Der Prokurist der Gesellschaft ist der Vertreter der Gesellschaft als solcher, er zeichnet per procura die Firma der Gesellschaft (Art. 41), er vertritt also sämmtliche Gesellschafter und nicht blos diejenigen, welche

---

geschlossenen Gesellschafter die Frage bejaht ist, enthält die vom Kreisgerichte zu Dortmund bekannt gemachte Eintragung der Handelsgesellschaft Ruppel, Kramer u. Comp. in Dortmund (März 1867): „alle Gesellschafter verzichten auf die eigene Zeichnung der Firma und ertheilen dem Gesellschafter A. Ruppel, dem Direktor Sachsenröder und dem Geschäftsführer A. F. Seegner Kollektivprokura in der Weise, daß mindestens zwei derselben gemeinschaftlich die Firma per procura gültig zeichnen." Das Beispiel ist nach vier verschiedenen Richtungen hin von Interesse. Bejaht ist die Frage auch in einer Verfügung des Appellat.-Gerichtes zu Marienwerder in Busch' Archiv Bd. VI S. 160, 164.

[8]) Daß das Recht, das Handlungspersonal anzustellen, jedem geschäftsführenden Gesellschafter zustehe, da dasselbe ja auch dem Prokuristen zukomme, wurde bei den Berathungen ausdrücklich anerkannt. (Protok. S. 204.) Vgl. Art. 42, Bd. I S. 326, 327.

ihn bestellt haben. Dies führt zur Beantwortung der bereits zu Art. 86 (S. 93) erwähnten Frage, ob bei einer Handelsgesellschaft ein Prokurist mit der Beschränkung bestellt werden kann, daß derselbe nur in Gemeinschaft mit einem der geschäftsführenden Gesellschafter die Firma zeichnen darf. Die Frage ist aus demselben Grunde zu verneinen, aus welchem sie bereits zum Art. 45 §. 1 allgemein verneint worden ist[9]).

1) Der Prokurist der Gesellschaft soll Stellvertreter aller Gesellschafter sein, diese sind seine Prinzipale; wenn er aber nur mit einem seiner Prinzipale Handlungen vornehmen darf, so kann er nicht gleichzeitig dessen Vertreter sein, sondern nur Vertreter des oder der anderen Gesellschafter bei den Handlungen eines geschäftsführenden Socius. In der Regel ist es auch nur diese letztere Absicht, welche die Parteien haben, allein dann kann überall nicht von der Ertheilung einer Prokura für die Gesellschaft gesprochen werden.

2) Es stehen aber der Bejahung der Frage noch eine Reihe weiterer Gründe entgegen. Wenn die Handelsgesellschafter H. Simon und F. Lichtenberger, welche nicht als Kollektivvertreter der Gesellschaft bestellt sind, für die von ihnen errichtete Handelsgesellschaft Simon und Comp. einen Prokuristen in der Weise bestellen wollen, daß derselbe nur in Gemeinschaft mit einem von ihnen die Firma zeichnen soll, so ist dies nicht nur eine Beschränkung in der Vertretungsbefugniß der Gesellschafter, welche Dritten gegenüber unwirksam ist (Art. 116) und darum nicht in das Register eingetragen werden kann, sondern es ist gleichzeitig auch eine Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Prokura (Art. 43), welche aus demselben Grunde nicht eingetragen werden kann. Das HGB. kennt als eintragungsfähige und gegen Dritte wirksame Beschränkung der Geschäftsführung der offenen Gesellschafter nur die Beschränkung, daß die Gesellschafter in Gemeinschaft handeln sollen[10]), also nur die Kollektivvertretung durch mehrere Gesellschafter in Gemeinschaft. Und andererseits kennt das Gesetzbuch bei der Prokura nur die Beschränkung, daß mehrere Prokuristen in Gemeinschaft handeln und die Firma zeichnen sollen (Kollektivprokura, Art. 41 und 44). Die oben erwähnte Verabredung würde aber weder die Anordnung einer Kollektivvertretung durch die Gesellschafter enthalten, denn der ernannte Prokurist ist überall nicht offener Gesellschafter, noch enthält sie die Anordnung einer Kollektivprokura, denn die offenen Ge-

---

[9]) Vgl. Bd. I S. 331.

[10]) Vgl. Art. 86 Ziffer 4 und die Erläuterungen S. 96 f. dieses Bandes.

sellschafter, mit denen der angebliche Prokurist zeichnen soll, sind nicht Prokuristen der Gesellschaft.

3) An dieser Auffassung wird auch dadurch nichts geändert, daß unter den offenen Gesellschaftern selbst Kollektivvertretung besteht und die erwähnte Verabredung speziell für die Zwecke der Kollektivvertretung getroffen wird. Die bereits hervorgehobenen Widersprüche kehren auch in diesem Falle wieder. Wenn den Handelsgesellschaftern H. Simon und F. Lichtenberg die Geschäftsführung der Handelsgesellschaft Simon und Comp. nur in Gemeinschaft zusteht, sie wollen aber einen Prokuristen bestellen, welcher (in Verhinderungsfällen) je einen von ihnen vertreten und gemeinschaftlich mit dem anderen die Firma zeichnen soll, so kann dieser Zweck durch die Ertheilung einer Prokura nicht erreicht werden, die ganze Verabredung ist eben so unvereinbar mit den Vorschriften des HGB.'s und kann ebensowenig in das Handelsregister eingetragen werden, wie in dem oben besprochenen ersten Falle.

Denn wer Prokurist einer Handelsgesellschaft ist, vertritt sämmtliche Gesellschafter, die Gesellschafter sämmtlich sind die Prinzipale, speziell sind es die Kollektivgesellschafter, wenn sie einen Prokuristen bestellen. Soll aber dieser Prokurist nur in Gemeinschaft mit einem der Kollektivgesellschafter zeichnen können, so würde er stets mit einem seiner Prinzipale zeichnen, er würde also, wie oben erwähnt, in Bezug auf den Gesellschafter, mit welchem er zeichnet, als Beistand, nicht aber als Stellvertreter erscheinen.

4) Diese Verabredung kann auch nicht als eine besondere Art der kollektiven Geschäftsführung der Handelsgesellschaft aufrecht erhalten werden [11]), denn der Gesellschafts-Prokurist ist nicht Gesellschafter und die kollektive Geschäftsführung, wie sie in Art. 86 Ziff. 4 und Art. 100 vorgezeichnet ist, bezieht sich eben nur auf die eigene Geschäftsführung der Gesellschafter. Ebensowenig ist sie aufrecht zu erhalten als eine besondere Art der Kollektivprokura, denn der Gesellschafter, mit welchem der Prokurist zeichnen soll, ist nicht Prokurist. Zudem ergeben sich nach beiden Richtungen hin auch in formeller Beziehung Unzuträglichkeiten bei der Zeichnung der Firma. Wenn der Prokurist A. Meyer die Firma der Gesellschaft Simon und Comp. nur in Gemeinschaft mit einem seiner Prinzipale, nämlich mit einem der beiden Kollektivgesellschafter H. Simon und F. Lichtenberg zeichnen soll, so gibt es hierfür überall keine den Gesetzen entsprechende Form. Die Bestimmungen über die Zeichnung der Kollektivprokura sind auf diese Verabredung

---

[11]) Wie dies Priber in Busch' Archiv Bd. I S. 275 annimmt.

nicht anwendbar, denn eine Kollektivprokura liegt gar nicht vor, dieselbe setzt eine Mehrheit von Prokuristen voraus (Art. 41 Abs. 3) und die Gesellschafter, mit denen der Prokurist zeichnen soll, sind nicht Prokuristen; andererseits sind auch die Bestimmungen über die Zeichnung der Gesellschaftsfirma bei kollektiver Geschäftsführung der Gesellschafter [12]) auf jene Verabredung unanwendbar, denn der Prokurist ist nicht Gesellschafter.

Die ganze Verabredung stellt sich dar als eine willkührliche Mischung zweier prinzipiell ganz verschiedener Rechtsinstitute, nämlich der kollektiven Geschäftsführung der offenen Gesellschafter und der Kollektivprokura, es ist eine Reminiszenz aus der älteren unbestimmten und dehnbaren Auffassung der Prokura, welche das HGB. durch Aufstellung fester Grundsätze über die Prokura beseitigt hat. Und eben hierin liegt die mit jenen Versuchen verbundene Gefahr für die Einheit des deutschen Handelsrechtes und für die folgerichtige Durchführung der Prinzipien des HGB.'s. Jene Verabredungen enthalten den Versuch, das System des HGB.'s hinsichtlich der festen Begrenzung der Prokura zu durchbrechen, die im Interesse der Rechtssicherheit eingeführte Unterscheidung zwischen Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten wieder zu verwischen und dem Begriffe der Prokura seine frühere Unbestimmtheit wiederzugeben.

5) Hält man dagegen an der gesetzlichen Unterscheidung zwischen dem Prokuristen und dem Handlungsbevollmächtigten fest, so ergibt sich auch sofort, in welcher Weise wenigstens in dem besprochenen zweiten Falle, bei der kollektiven Geschäftsführung, der wirthschaftliche Zweck der Gesellschafter erreicht werden kann.

Dieser wirthschaftliche Zweck besteht darin, daß bei der kollektiven Geschäftsführung zweier oder mehrerer Gesellschafter Vorsorge für den Fall getroffen werden soll, daß einer der Gesellschafter abwesend oder sonst verhindert ist. Demnach handelt es sich überall nur um eine Vertretung des einen Gesellschafters bei Geschäftshandlungen des anderen, nicht aber um eine Vertretung der Gesellschaft als Gesammtheit.

Um dies zu erreichen, hat die Gesellschaft dann die Erklärung abzugeben, daß sie nicht blos dann haften will, wenn zwei ihrer geschäftsführenden (oder, bei der Kommanditgesellschaft, ihrer persönlich haftenden) Gesellschafter in Gemeinschaft handeln, sondern auch dann, wenn einer dieser Gesellschafter in Gemeinschaft mit einem Stellvertreter des anderen handelt und zeichnet. Ein solcher Stellvertreter ist Handlungsbevollmächtigter, nicht aber

---

[12]) Vgl. S. 93 f. dieses Bandes.

Prokurist. Derselbe kann im Voraus bezeichnet und es kann für jeden der Kollektivgesellschafter ein und derselbe Stellvertreter bezeichnet werden; wenn dem Handlungsbevollmächtigten A. Meyer die Vollmacht ertheilt ist, daß er an Stelle eines der beiden Gesellschafter H. Simon und F. Lichtenberg, welche nur in Gemeinschaft handeln dürfen, die Firma Simon und Comp. in Gemeinschaft mit dem anderen zeichnen darf, und er zeichnet an Stelle des Lichtenberg in Gemeinschaft mit Simon, so vertritt er nicht den letzteren, mit dem er zeichnet, sondern nur denjenigen Gesellschafter, für welchen er zeichnet. Bei dem Prokuristen der Gesellschaft ist eine solche Unterscheidung nicht möglich, weil er niemals einen einzelnen Gesellschafter, sondern stets alle Gesellschafter, also auch denjenigen vertritt, mit welchem er zeichnen würde, während er nach dem Wesen der Prokura doch nur für ihn zeichnen darf.

Ein solcher Stellvertreter kann allerdings die Gesellschafts-Firma nicht per procura zeichnen, allein hieran scheitert die Ausführbarkeit der ganzen Anordnung in formeller Beziehung keineswegs. Die Zeichnung wird vielmehr in dem oben angeführten Falle in folgender Form zu erfolgen haben:

Simon und Comp.
H. Simon. Für (per) F. Lichtenberg
A. Meyer.

und bei Verhinderung des Gesellschafters Simon:

Simon und Comp.
F. Lichtenberg. Für (per) H. Simon
A. Meyer.

Eine derartige Erklärung und Verabredung eignet sich aber überall nicht zur Eintragung in das Handelsregister, da dasselbe zur Aufnahme von Erklärungen über Handelsvollmachten im Gegensatze zur Prokura nicht bestimmt ist. Vielmehr ist die Gesellschaft für die Veröffentlichung solcher Erklärungen auf die Bekanntmachung im Privatwege angewiesen also durch Zirkulare, Zeitungsannoncen, Börsenanschlag und ähnliche Publikationen.

6) Alles im Vorstehenden Bemerkte findet auch auf den Fall unveränderte Anwendung, wenn bei einer Kommanditgesellschaft mit oder ohne Aktienemission mehrere persönliche Gesellschafter vorhanden sind, und rücksichtlich dieser die Bestimmung getroffen werden soll, daß einer der persönlich haftenden nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen der Gesellschaft handeln soll und umgekehrt. Denn sobald bei einer Kommanditgesellschaft und zwar auch bei der Kommanditaktiengesellschaft mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, so bilden sie unter sich eine offene Handelsgesellschaft (Art. 150 Abs. 2) und ihr Rechtsverhältniß unterliegt den ge-

setzlichen Bestimmungen dieses Abschnittes. Vorzugsweise bei den Aktienkommanditgesellschaften ist die Frage bis jetzt praktisch geworden [13]), weil sich gerade bei diesen Gesellschaften die Neigung zeigt, einerseits die persönlich haftenden Gesellschafter durch Einführung einer Kollektivvertretung möglichst zu beschränken, gleichzeitig aber auch Vorsorge für den Fall der Verhinderung eines der Kollektivvertreter zu treffen.

Bei einzelnen dieser Gesellschafter lauten die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft entweder dahin: „die Firma der Gesellschaft wird von beiden persönlich haftenden Gesellschaftern gezeichnet, deren einer durch einen Prokuristen vertreten werden kann", oder dahin: „die Firma wird durch die gemeinschaftliche Unterschrift der beiden persönlich haftenden Gesellschafter rechtsverbindlich gezeichnet, deren einer durch den Prokuristen C. H. vertreten werden kann", oder endlich: „die Firma wird durch zwei der persönlich haftenden Gesellschafter gezeichnet, deren einer durch einen der nachfolgenden Prokuristen vertreten werden kann". Man sollte annehmen, daß, wenn einmal eine bestimmte Persönlichkeit öffentlich als Prokurist der Gesellschaft bezeichnet ist, dieser die Gesellschaft sofort auch durch seine eigenen Handlungen verpflichten kann, weil andere Beschränkungen der Prokura als diejenige, welche in der Aufstellung mehrerer Prokuristen als Kollektivprokuristen liegt, Dritten gegenüber unwirksam sind (HGB. Art. 43), und es ergibt sich hieraus, daß die scheinbar bequemsten und praktischen Auskunftsmittel nicht immer zugleich auch die Garantie der Rechtssicherheit bieten [14]).

---

13) Doch kommen solche Verabredungen vereinzelt auch bei offenen Handelsgesellschaften vor, namentlich bei solchen, die aus einer größeren Anzahl von Mitgliedern bestehen. So lautet die gerichtliche Bekanntmachung über die Errichtung der offenen Gesellschaft Grillo, Funke u. Comp. in Gelsenkirchen dahin, daß die Gesellschaft nur gültig vertreten wird durch zwei benannte Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch einen derselben mit dem ernannten Prokuristen. Auch von dieser Eintragung gilt das im Texte am Schlusse Bemerkte. Der oben in der Anm. 7 mitgetheilte Fall ist übrigens von dem hier erörterten verschieden.

14) Solche im Texte angeführten Bestimmungen über die Vertretung der Gesellschaft bestanden am Schlusse des Jahres 1867 in Berlin bei fünf in das Handelsregister eingetragenen Aktienkommanditgesellschaften: bei der Berliner Diskontogesellschaft, bei der Berliner Handelsgesellschaft, bei der Deutschen Genossen-

IV. Widerruf der Prokura.

Auch die Befugniß zum Widerrufe der Prokura steht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zu, nicht auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen.

Ist im Gesellschaftsvertrage eine Verleihung dieser Befugniß an die nichtfirmirenden Gesellschafter erfolgt, so hat dies Dritten gegenüber und mithin auch in Bezug auf die Eintragungen in das Handelsregister keine Wirkung (Art. 118).

Ist aber die Befugniß zum Widerrufe einerseits auf die geschäftsführenden Gesellschafter beschränkt, so weicht diese Befugniß andererseits doch darin von der Ertheilung der Prokura ab, daß zum Widerrufe nicht Einstimmigkeit erforderlich ist, daß der Widerruf vielmehr jedem geschäftsführenden Gesellschafter selbständig zusteht (Abs. 2 des Artikels) und zwar auch Dritten gegenüber (Art. 118). In dieser Bestimmung, welche es bei dem gewöhnlichen Rechte läßt, liegt ein wirksames Schutzmittel der einzelnen Gesellschafter gegenüber der mit der Bestellung eines Prokuristen verbundenen Verantwortlichkeit.

---

schaftsbank von Sörgel, Parisius und Comp., bei der Kommanditgesellschaft für Holzschneidekunst Renaissance und bei der Kommanditgesellschaft Telegraph. (Berliner Börsenzeitung 1868 Nr. 8, Extrabeilage). Diese Beispiele haben aber bereits vereinzelte Nachahmung gefunden; so lautet eine Bekanntmachung des Kreisgerichtes zu Posen vom 28. Januar 1868 in der Berliner Börsenzeitung dahin, daß im dortigen Prokuren-Register drei Prokuristen der Posener Real-Credit-Bank A. Nitykowski und Comp. eingetragen seien, „welchen Kollektiv-Prokura mit der Maßgabe ertheilt worden ist, daß nur entweder a) zwei von ihnen gemeinschaftlich oder b) einer von ihnen in Gemeinschaft mit einem persönlich haftenden Gesellschafter die Gesellschaft zu vertreten befugt ist". Man sieht sofort, daß diese Kollektivprokura mit der allein maßgebenden Definition im Art. 41 und 44 des HGB.'s, welche die Kollektivprokura auf eine Mehrheit von Prokuristen beschränkt, unvereinbar ist und daß vom Standpunkte solcher Eintragungen aus der Unterschied zwischen der Kollektivprokura und zwischen der kollektiven Geschäftsführung der Gesellschafter zuletzt völlig verschwinden würde.

Art. 105.

Jeder Gesellschafter, auch wenn er nicht in dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätig ist, kann sich persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten; er kann jederzeit in das Geschäftslokal kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und auf ihrer Grundlage eine Bilanz zu seiner Uebersicht anfertigen.

Ist im Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt, so verliert diese Bestimmung ihre Wirkung, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird.

Preuß. Entw. Art. 108. — I. Entw. Art. 104. — II. Entw. Art. 104. — Prot. S. 195 f. 991.

I. Die Bestimmungen dieses Artikels zeigen den Unterschied zwischen dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Gesellschafter und dem Kommanditisten; dem Kommanditisten, sowie dem stillen Gesellschafter stehen nicht die im Art. 105, sondern nur die im Art. 160 (und Art. 253) bezeichneten Rechte zu. Der Kommanditist ist bloßer Kapitalgesellschafter, der offene Gesellschafter bleibt dagegen auch dann noch Personalgesellschafter, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, diese Ausschließung hebt nicht seine sonstigen Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage auf.

II. Persönliche Ausübung der Befugnisse.

Die im Artikel angegebenen Befugnisse stehen den Gesellschaftern nur persönlich zu. Ein Gesellschafter kann ohne Zustimmung der übrigen diese Befugnisse nicht durch einen Dritten als seinen Stellvertreter ausüben, in der Anordnung einer solchen Vertretung ohne Zustimmung der übrigen würde eine unzulässige Substitution eines Dritten in Bezug auf das Gesellschaftsverhältniß liegen und die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, dritten Personen die Einsicht in ihre inneren Verhältnisse und in ihre Geschäftsgeheimnisse zu gewähren (Art. 98) [1].

---

[1]) Dies gilt auch vom Ehemanne, dessen handlungsfähige Ehefrau Theilhaberin an einer Handelsgesellschaft ist; derselbe kann die Einsicht der Bücher weder aus eigenem Rechte, noch als Bevollmächtigter seiner Ehefrau verlangen. Erk. des Appell.-Ger. zu Köln v. 27. Mai 1863 in Busch' Archiv Bd. II

Ausnahmen von diesem Verbote finden in folgenden Fällen statt:

1) Da jedem Gesellschafter die Befugniß der persönlichen Information im Geschäfte zusteht, so kann sich ein Gesellschafter zu diesem Zwecke auch durch einen der übrigen Gesellschafter vertreten lassen und die Information durch diesen einziehen. Gegen diese Art der Vertretung sprechen die angegebenen Gründe nicht. Zweifelhaft erscheint es, ob auch die Vertretung durch einen Kommanditisten und durch einen stillen Gesellschafter der Gesellschaft [2]) gegen den Willen der übrigen Gesellschafter zulässig ist. Die Frage ist aber richtiger zu verneinen. Denn sowohl der Kommanditist als der stille Gesellschafter haben ohne die Zustimmung der vollhaftenden Gesellschafter nicht das Recht, sich jederzeit persönlich von dem Geschäftsgange zu unterrichten, sondern sie können die Bücher und Papiere der Gesellschaft nur zum Zwecke der Prüfung der Jahresbilanz einsehen (Art. 160, 253) und weiter gehende Befugnisse können ihnen nur durch den Gesellschaftsvertrag, also nur durch Genehmigung aller vollhaftenden Gesellschafter beigelegt werden, nicht aber durch Mandat eines einzelnen.

2) Eine zweite Ausnahme findet selbstverständlich im Falle der gesetzlichen Vertretung eines handlungsunfähigen Gesellschafters statt [3]), dem gesetzlichen Stellvertreter eines Gesellschafters (Vormund, Kurator u. s. w.) steht auch die persönliche Information im Geschäfte und die Einsicht der Bücher zu.

3) Weitere Ausnahmen können unter den Gesellschaftern vertragsmäßig verabredet werden; jedoch ist aus der Zulassung einer Stellvertretung durch Dritte in Bezug auf die Ausübung einzelner bestimmter Befugnisse eines Gesellschafters [4]) nicht auf die Zulässigkeit der Vertretung auch hinsichtlich anderer Befugnisse zu schließen.

S. 173 und im Centralorgan 1863 Nr. 30. In diesem Erkenntnisse ist ausgeführt, daß auch dann, wenn der Ehemann in Folge der zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehenden ehelichen Gütergemeinschaft an der Handels-Gesellschaft, in welcher die Ehefrau Theilhaberin ist, materiell betheiligt ist, er der Gesellschaft formell doch immer nur als Dritter gegenübersteht. Vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 98 Abs. 2.

[2]) Ist der Kommanditist oder der stille Gesellschafter überall nicht an der Gesellschaft, sondern nur am Antheile eines Gesellschafters betheiligt (Art. 98 Abs. 2), so kann die Frage überhaupt nicht aufgeworfen werden, denn alsdann stehen beide der Gesellschaft als Dritte gegenüber.

[3]) Vgl. Bd. I S. 45.

[4]) Z. B. in Bezug auf das Widerspruchsrecht gegen die Vornahme von Handlungen für die Gesellschaft. Vgl. oben zu Art. 102 Abs. 2.

Wenn übrigens der Art. 105 zunächst nur von der Befugniß der Gesellschafter spricht, die Bücher und Papiere der Gesellschaft jederzeit einzusehen, so folgt daraus nicht, daß die Gesellschafter nicht auch verpflichtet wären, für eine ordentliche Buchführung zu sorgen (Art. 28). Sämmtliche Gesellschafter, auch diejenigen, welche nicht speziell mit der Buchführung beauftragt sind, können bei unterlassener oder unregelmäßiger Buchführung im Falle des Konkurses wegen einfachen Bankerottes kriminalrechtlich bestraft werden [5]).

III. Editionspflicht der Gesellschaft.

Dem Rechte der Gesellschafter auf Einsicht der Bücher und Papiere der Gesellschaft steht auch die Editionsklage in Betreff aller dieser Bücher und Papiere zur Seite, sowie auch in Betreff des schriftlichen Gesellschaftsvertrages, wenn ein solcher sich im Besitze der Gesellschaft befindet; diese Urkunden sind für die Gesellschafter gemeinschaftliche im Sinne des Prozeßrechtes [6]). Vgl. auch die Art. 37 und 40 des HGB.'s.

IV. Rechnungslegung der Gesellschafter.

An die Bestimmungen des Artikels knüpft sich die in der Praxis vielfach erörterte Frage:

ob einem Gesellschafter, namentlich auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, außer den

---

[5]) Daß alle geschäftsführenden Gesellschafter ohne Unterschied für die Buchführung haften, auch kriminalrechtlich, bedarf keiner Ausführung. Brinckmann §. 39, IV. Ein Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin v. 23. Febr. 1866 (Busch' Archiv Bd. IX S. 115) führt aus, daß die Strafe auch den nichtfirmirenden Gesellschafter trifft, weil derselbe nach Art. 105 des HGB.'s in der Lage war, sich von der mangelhaften oder unterlassenen Buchführung zu überzeugen und Abhülfe zu veranlassen. So richtig dies im Prinzipe erscheint, so wird doch bei Anwendung des Grundsatzes viel auf die Lage des einzelnen Falles ankommen. Uebrigens haftet auch der schreibensunkundige Gesellschafter (der Analphabete) für die Buchführung; es ist Sache desjenigen, der eine Handelsgesellschaft eingeht, die Hindernisse zu beseitigen, welche ihn in seiner Person an der Erfüllung der Verpflichtung zur Buchführung hindern, vgl. Erk. des Ob.-Trib. zu Berlin v. 10. Mai 1867 in Goltdammer's Archiv für preuß. Strafrecht Bd. XV S. 393 und oben S. 112 Anm. 10.

[6]) Erk. des Handels-Appell.-Ger. zu Nürnberg v. 6. Oktober 1865 in der Sammlung handelsger. Erscheinungen in Bayern Bd. II S. 159 und in Busch' Archiv Bd. IX S. 311.

im Art. 105 genannten Befugnissen auch noch der weitere Anspruch auf Rechnungslegung gegen die Gesellschaft zusteht.

Die Frage ist zunächst aus dem Stillschweigen des Artikels über die Rechnungslegung entstanden. Allein, wie sich aus den Berathungen ergibt, so soll aus dem Schweigen des Gesetzes keineswegs der Schluß gezogen werden, daß die Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht bestehe. Vielmehr wurde der von einer Seite beantragte Zusatz, daß jeder geschäftsführende Socius auf Verlangen der anderen Gesellschafter über die von ihm geführten Geschäfte Aufklärung und Rechnung zu geben schuldig sei, nur aus dem Grunde abgelehnt, weil man es einerseits für selbstverständlich hielt, daß die gemeinrechtlich feststehende Pflicht der Rechnungslegung der Gesellschafter durch die Aufstellung der Bilanz und durch die Buchführung nicht unbedingt erledigt sei, andererseits aber es dem richterlichen Ermessen überlassen wollte, zu entscheiden, ob in einem besonderen Falle die Bilanz und die Buchführung die Stelle der Rechnungslegung vertreten könne [7]. Auch ist die Verpflichtung zur Rechnungslegung in dem besonderen Falle des Art. 130 Abs. 4 speziell erwähnt.

Demnach ist die Frage, ob Buchführung und Bilanz die Stelle der kaufmännischen Rechnungslegung vertreten oder nicht, eine thatsächliche Frage. Bei ordnungsmäßiger kaufmännischer Buchführung stellen allerdings die Handelsbücher der Regel nach die fortlaufende und sicherste Grundlage der Rechnung dar und durch die Vorlage der Bücher und die Mittheilung des auf Grund derselben angefertigten Abschlusses an seine Mitgesellschafter wird der firmirende Gesellschafter seiner Pflicht zur Rechnungslegung dann genügen, wenn die Buchführung nicht allein formell ordnungsmäßig ist, sondern wenn sie auch die Geschäftsführung erschöpfend darlegt und einen klaren Einblick in dieselbe gewährt [8]. Mangelt diese Voraussetzung, so ist eben die Rechnungslegung in der Buchführung und in der Bilanz nicht enthalten, oder mit anderen Worten, es ist keine Rechnung gelegt und der Gesellschafter ist verpflichtet, anderweitig Rechnung zu legen. Der Richter hat demnach bei Entscheidung dieser Frage sowohl auf die Art und die Form der Buchführung als auch auf die Natur des Handelsgeschäftes zu sehen, für welches die Rechnungslegung verlangt wird [9].

---

[7]) Protok. S. 195, 196.

[8]) Vgl. das in der folgenden Anm. angeführte Erk. des Handels-Appell.-Gerichtes zu Nürnberg.

[9]) Daraus, daß hierbei alles auf die thatsächlichen Verhältnisse ankommt, er-

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß es sich immer nur um eine kaufmännische Rechnungslegung handeln kann, und daß demnach die Beurtheilung der letzteren eine kaufmännisch-technische Frage ist, zu deren Beantwortung bei denjenigen Gerichten, welche keine kaufmännischen Mitglieder haben, nöthigenfalls kaufmännische Sachverständige zuzuziehen sind. Einerseits ist die Gesellschaft ihrem Mitgesellschafter gegenüber zu einer kaufmännischen Rechnungslegung verpflichtet, andererseits kann aber der Mitgesellschafter auch nur eine kaufmännische Rechnungslegung fordern [10]).

V. Zu Absatz 2 des Art. Wie alle Bestimmungen dieses Abschnittes, so können auch diejenigen des Art. 105 durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Der nichtfirmirende Gesellschafter kann auf die Rechte, welche ihm der Art. 105 gibt, ganz verzichten oder dieselben können mit seiner Einwilligung beschränkt werden. Derartige Verabredungen setzen ein erhöhtes Vertrauen in die übrigen Gesellschafter voraus und sie verlieren gänzlich ihre Wirkung, wenn dieses Vertrauen verletzt erscheint und eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird. Den Beweis der Unredlichkeit [11]) hat der nichtfirmirende Gesellschafter zu führen, welcher dieselbe behauptet.

---

klärt es sich, daß die Klage eines Gesellschafters auf Rechnungslegung in einem Falle abgewiesen werden kann, während in einem anderen Falle vielleicht dasselbe Gericht auf Rechnungslegung erkennt. Vgl. die Erk. des OA.-Ger. zu Dresden v. 19. August 1859 in den Annalen des OA.-Ger. Bd. I S. 342 und in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VIII S. 577, des OA.-Ger. zu Cassel v. 6. März 1863 bei Goldschmidt Bd. VIII S. 576 und in Seuffert's Arch. Bd. XVI, Nr. 215, des Ob.-Tribunales zu Berlin v. 28. Juni 1866 im Archiv für Rechtsfälle des K. Ob.-Trib. Bd. LXIV, S. 158, des Hofgerichtes zu Wiesbaden v. J. 1863 bei Goldschmidt Bd. VIII, S. 578, des Handels-Appell.-Ger. zu Nürnberg v. 21. April 1864 in der Samml. handelsger. Entsch. in Bayern Bd. I S. 447 und in Busch' Archiv Bd. IV S. 359.

[10]) Streitigkeiten hinsichtlich der Rechnungslegung entstehen bei Handelsgesellschaften hauptsächlich bei der Auflösung. Nicht selten begegnet man dann der Einrede, die Rechnungslegung sei unvollständig, oder die gelegte Rechnung sei überhaupt keine Rechnung. Der Richter wird nach den im Text entwickelten Grundsätzen zu prüfen haben, ob mit solchen Einreden schließlich nur eine Weiterung und Verzögerung des Rechtsstreites beabsichtigt wird oder nicht.

[11]) Nicht bloß des Betruges, wie der Preuß. Entwurf Art. 108 in Uebereinstimmung mit dem preußischen Landrechte I, 17, §. 223 ff. be-

Der Abs. 2 findet auch auf den Fall Anwendung, wenn der Gesellschafter gegenüber seinen Mitgesellschaftern auf die Rechnungslegung verzichtet hat. Die Ungültigkeit des Verzichtes wirkt dann sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft und es kann alsdann auch eine nachträgliche Rechnungslegung für die bereits erledigten Rechnungsjahre verlangt werden. (Protok. S. 195. 196.)

Art. 106.

Jedem Gesellschafter werden am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres von seiner Einlage, oder wenn sich dieselbe beim Schlusse des vorigen Jahres durch Hinzurechnung seines Antheiles am Gewinne vermehrt oder durch Abrechnung seines Antheiles am Verluste vermindert hat, von seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen Zinsen zu Vier vom Hundert gutgeschrieben und von den während des Geschäftsjahres auf den Antheil entnommenen Geldern Zinsen in demselben Maaßstabe zur Last geschrieben.

Die dem Gesellschafter hiernach zukommenden Zinsen vermehren seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen.

Vor Deckung dieser Zinsen ist kein Gewinn vorhanden, und der Verlust der Gesellschaft wird durch dieselben vermehrt oder gebildet.

Pr. Entw. Art. 110. — I. Entw. Art. 107. — II. Entw. Art. 106. — Prot. S. 205, 208 f., 991 f., 1019 f., 4520, 4632 f.

I. Nicht der ganze jährliche Ertrag des Gesellschaftsvermögens bildet nach dem HGB. den Gewinn der Gesellschaft. Dasselbe unterscheidet vielmehr zwischen den gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zinsen des Gesellschafts-Kapitales oder der Einlagen und Antheile der Gesellschafter einerseits und dem Gewinne andererseits.

Diese Unterscheidung entspricht der kaufmännischen Uebung und Auf-

---

stimmte. Der Abs. 2 des Artikels enthält also eine Ausnahme von der in Art. 90 zugesicherten Vertragsfreiheit, die Ausnahme beruht aber auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen (replica doli).

fassung [1]). Wenn eine Handelsgesellschaft in ihrem Betriebe nur die gewöhnlichen Zinsen des eingeworfenen Kapitales erzielt, so liegt kein wahrer Gewinn im wirthschaftlichen Sinne vor. Die gewöhnlichen Zinsen des arbeitenden Kapitales gehören zu den Produktionskosten des Geschäftes (Schäffle, die Nationalökonomie §. 134, 148); erst dasjenige, was darüber hinaus verdient wird, ist Nettogewinn.

Diese Natur der Zinsen tritt dann am deutlichsten hervor, wenn die Gesellschaft lediglich mit fremdem, geliehenen Kapitale arbeitet; denn wenn sie in diesem Falle nur die Kapitalzinsen verdient, so hat sie keinen Gewinn, keinen Ueberschuß aufzuweisen. Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander und zum Zwecke der Feststellung der Gewinn- und Verlustantheile wird aber auch das eigene Kapital der Gesellschaft wie fremdes Kapital betrachtet, die Zinsen erscheinen als Schulden der Gesellschaft an die einzelnen Socii, und erst nach Abzug dieser Schulden kann sich ein Nettogewinn ergeben. Dieser Nettogewinn bildet den wirthschaftlichen Unternehmergewinn, aber derselbe erscheint erst, wenn mit den Produktionskosten auch der Preis der Kapitalnutzung vom gesammten Ertrage (Bruttoertrage) abgezogen ist und zum Preise der Kapitalnutzung gehört auch der an die Gesellschafter zu zahlende Kapitalzins.

Wenn, wie dies bei den Aktiengesellschaften und den Aktienkommanditgesellschaften der Fall ist, ein besonderes Kapital-Konto für das Gesell-

---

[1]) Brinckmann, Lehrb. d. Handelsrechts §. 42. Die Unterscheidung fand sich übrigens schon im preuß. Landrechte (II, 8, §. 653 f.). Daß sie auch im Geschäfte des Einzelkaufmannes Anwendung findet, ist zweifellos, das HGB. hatte jedoch nur bei den Handelsgesellschaften Veranlassung, die Unterscheidung durchzuführen. Gegen die Zinsvergütung s. Goldschmidt, Kritik des preuß. Entw. II S. 21, vgl. aber Endemann §. 42 Anm. 19. Der schweizerische Entwurf hat einen Zusatz im Interesse desjenigen Gesellschafters aufgenommen, welcher für die Gesellschaft arbeitet, Art. 63: „Jedem Gesellschafter werden von seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen Zinsen zu Vier vom Hundert und jedem arbeitenden Gesellschafter ein angemessenes Honorar gutgeschrieben. Vor Deckung von Zinsen und Honorar ist kein Gewinn vorhanden und der Verlust der Gesellschaft wird durch dieselben gebildet oder vermehrt". Allein schon die Unbestimmtheit dieses Zusatzes beweist, daß das einzig richtige System darin besteht, die Festsetzung einer Vergütung für die arbeitenden Gesellschafter oder für die Gesellschafter ohne Kapitaleinlage den Gesellschaftsverträgen zu überlassen. Vgl. unten Art. 109 Anm. 2.

schaftsvermögen geführt wird [2]), gegenüber welchem die einzelnen Gesellschafter nur als Gläubiger (und Schuldner) erscheinen, so wird der gesammte jährliche Zinsbetrag des Gesellschaftsvermögens diesem als Debet in Rechnung gestellt. Dagegen bildet der auf die einzelnen Gesellschaftsantheile entfallende Zinsbetrag ein Aktivum der Gesellschafter, sie werden ihnen im persönlichen Konto zu ihren Geschäftsantheilen gutgeschrieben.

Umgekehrt gehören die Summen, welche ein Gesellschafter während des Geschäftsjahres auf seinen Antheil aus der Gesellschaftskasse entnommen hat, sowie die Zinsen solcher Gelder zu den Aktivausständen der Gesellschafter, während sie für den Gesellschafter Schuldposten in dessen Kontokurrent und, in Ermangelung einer eingetretenen Ausgleichung, schließlich auch in dessen Kapital- (Personal-) Konto bilden.

II. Das Gesetzbuch hat diese Zinsen auf vier Prozent [3]) normirt, sie können vertragsmäßig erhöht und vermindert werden, sei es für die ganze Dauer der Gesellschaft, sei es für einzelne Fälle.

III. Zu Abs. 3 des Artikels.

Der Anspruch auf die Zinsen der Geschäftsantheile ist für jeden Gesellschafter ein fester Anspruch, welcher nicht von der Frage abhängt, ob die Zinsen in einem bestimmten Geschäftsjahre als Ueberschuß verdient sind oder nicht [4]). Dieser feste Zinsanspruch hat die Folge, daß in Verlustfällen das Gesellschaftsvermögen dadurch verringert wird und insofern gereicht derselbe zum Nachtheile der Gesellschaftsgläubiger [5]). Allein derjenige Gesellschafter, welcher die Zinsen seines Antheiles noch zu fordern hat, steht im Falle des Konkurses der Gesellschaft wegen dieses Anspruches nicht etwa den Gesellschaftsgläubigern gleich, sondern er steht denselben nach.

Ist der Aktivantheil (Aktivsaldo) eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen aufgezehrt und schuldet derselbe an die Gesellschaft, hat er also in Folge von Verlusten und Abschreibungen am Kapitalkonto einen Passivsaldo statt eines Aktivsaldo, so findet auch keine Verzinsung statt, da eben eine zu verzinsende Einlage nicht mehr vorhanden ist. Da aber der Gesellschafter auch in diesem

---

[2]) Im Gegensatze zu dem üblichen Personal-Kapital-Konto, welches für jeden Gesellschafter besonders geführt wird, s. Bd. I S. 224.

[3]) Nicht zu sechs Prozent (Art. 287), dieser Zinsfuß würde eine zu bedeutende Bevorzugung der mit starken Kapitaleinlagen betheiligten Gesellschafter nach sich ziehen. (Prot. S. 998). S. aber die Erläuterungen zu Art. 95 §. I.

[4]) Bei Aktiengesellschaften verhält es sich umgekehrt, Art. 217.

[5]) Auerbach, das neue Handelsges. S. 118.

Falle noch fortwährend am Gewinne und Verluste Theil nimmt, so kann sich durch eine Zuschreibung von Gewinn eine neue Einlage bilden, die dann wieder zu verzinsen ist [6]).

Art. 107.

Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird, auf Grund des Inventars und der Bilanz, der Gewinn oder der Verlust dieses Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Antheil daran berechnet.

Der Gewinn jedes Gesellschafters wird seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen zugeschrieben, der Verlust von demselben abgeschrieben.

Pr. Entw. Art. 109. — I. Entw. Art. 107. — II. Entw. Art. 106. — Prot. S. 205, 991 f. 1019 f.

I. Unter Geschäftsjahr ist in Ermangelung einer besonderen Verabredung das Kalenderjahr zu verstehen; demnach muß die Bilanz in der Regel Ende Dezember gezogen werden. Es steht aber den Gesellschaftern frei, einen anderen Zeitpunkt für die Anfertigung der Bilanz und somit einen anderen Anfangs- und Endtermin für das Geschäftsjahr zu bestimmen [1]) und z. B. den Termin, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, auch als Anfangs- und Endpunkt des Geschäftsjahres und somit als Zeitpunkt der Bilanz festzuhalten. Nothwendig ist jedoch letzteres keineswegs; eine Gesellschaft, welche am 3. Februar begonnen hat, hat bei der ersten Bilanz die Wahl, ob sie dieselbe Ende Dezember des Anfangsjahres oder aber am 3. Februar des nächsten Kalenderjahres anfertigen will. Aber der in dieser Weise einmal gewählte Termin entscheidet für die folgenden Bilanzen, trägt also die frühere Bilanz das Datum vom 3. Februar, so muß die nächste Bilanz wiederum am 3. Februar gezogen werden, trägt sie das Datum v. 31. Dezember, so muß die nächste Bilanz wiederum am 31. De-

---

[6]) Vgl. v. Hahn S. 251 §. 13.

[1]) Z. B. von Ostermesse zu Ostermesse, s. Bd. I S. 237 und die Erläuterungen zu Art. 124.

zember erfolgen. Nur dadurch kommt die Gesellschaft ihrer Verpflichtung zur jährlichen Ziehung der Bilanz nach [2]).

II. Bei der Anfertigung des Inventares und der Bilanz kommen diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche in den Art. 29—31 des HGB.'s und in den Erläuterungen zu diesen Artikeln aufgestellt sind [3]).

Art. 108.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seine Einlage oder seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen nicht vermindern.

Er darf jedoch, auch ohne diese Einwilligung, auf seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen die Zinsen desselben für das letztverflossene Jahr, und soweit es nicht zum offenbaren Nachtheile der Gesellschaft gereicht, Gelder bis zu einem Betrage entnehmen, welcher seinen Antheil am Gewinne des letztverflossenen Jahres nicht übersteigt.

Pr. Entw. Art. 112. — I. Entw. Art. 105. — II. Entw. Art. 107. — Prot. S. 206 f., 991 f., 1019 f.

I. Erhöhung und Verminderung der Einlagen.

Während das Gesetzbuch die eigenmächtige Verminderung der Einlagen oder Gesellschaftsantheile verbietet, handelt es dagegen nicht von dem Falle, daß das Gesellschaftskapital und die Antheile der Gesellschafter deshalb, weil sämmtliche oder weil einzelne Gesellschafter ihr Guthaben an Zinsen und Gewinn nicht entnommen, sondern stehen gelassen haben, allmählich zu groß geworden sind, zu groß nämlich im Verhältnisse zum Geschäftsbetriebe der

---

[2]) Erk. des Ob.-Trib. zu Berlin v. 31. Mai 1867, Preuß. Justizministerialblatt 1867 Nr. 28. Dagegen ist in dem Erkenntnisse desselben Gerichtshofes v. 16. Mai 1866 in Busch' Archiv Bd. X S. 313 ausgesprochen, das Geschäftsjahr (Art. 29, 107) sei nicht das Kalenderjahr, sondern das mit der Eröffnung des Geschäftes beginnende Betriebsjahr. Allein es kann auch das Kalenderjahr zum Betriebsjahre werden, wenn der Kaufmann am Ende des Kalenderjahres die Bilanz zieht, jährlich einmal muß er sie ziehen, aber für die erste Bilanz hat er die Wahl zwischen den oben bezeichneten Terminen, die beide noch innerhalb des Zeitraumes von 12 Monaten nach Beginn des Geschäftes fallen.

[3]) S. Bd. I S. 235 f.

Gesellschaft. Die Gesellschaft hat alsdann den Nachtheil, daß sie den einzelnen Gesellschaftern zu hohe Zinsbeträge vergüten muß (Art. 106).

Allein auch für diese Fälle gilt der Grundsatz, daß der Gesellschaftsvertrag nur durch den übereinstimmenden Willen sämmtlicher Gesellschafter abgeändert werden kann. So wenig also ein Gesellschafter gegen den Willen der übrigen seinen Antheil vermindern kann, ebensowenig kann er, wenn nicht besondere Verabredungen getroffen sind, gegen seinen Willen zu einer solchen Verminderung von den übrigen gezwungen werden. Jeder Gesellschafter hat das Recht, die Zinsen und den Gewinn seines Geschäftsantheiles in der Gesellschaft stehen zu lassen, sie wachsen dem letzteren zu (Art. 106, 107). Eine Reduktion des Gesellschaftskapitales kann also gegen einen Socius so wenig erzwungen werden, wie eine Erhöhung desselben (Art. 92) [1]).

Ob indeß die Erreichung des Gesellschaftszweckes nicht durch ein zu großes Mißverhältniß zwischen dem Gesellschaftskapitale und dem Betriebe der Gesellschaft in Frage gestellt und deshalb auf Auflösung der Gesellschaft geklagt werden kann, ist eine dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle unterliegende Frage [2]).

II. Die offene Handelsgesellschaft unterscheidet sich von der Aktiengesellschaft auch darin, daß die jährliche Gewinnvertheilung keineswegs zu den regelmäßigen Bestandtheilen des Gesellschaftsvertrages gehört.

Schon aus den Bestimmungen der Art. 106 und 107 geht hervor, daß sowohl Zinsen als Gewinnantheile zwar jährlich berechnet, aber jedem Gesellschafter zunächst in seinem Personal- oder Kapital-Konto nur gutgeschrieben werden sollen. Die Gesellschafter entnehmen häufig blos gewisse, vertragsmäßig festgestellte Bedarfssummen aus der Gesellschaftskasse, im Uebrigen aber ist ihre Absicht auf die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen und ihrer persönlichen Antheile an demselben gerichtet. Die wirkliche Gewinnvertheilung findet häufig erst bei Auflösung der Gesellschaft statt, sie besteht dann in der Auszahlung des Einlagekapitales sammt Zuwachs [3]).

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 92 §. III.

[2]) Das Kapital der Gesellschaft kann für den Gesellschaftszweck zu groß und es kann umgekehrt zu gering sein. Vgl. oben S. 137 zu Art. 92.

[3]) Dies ist alter Handelsgebrauch. Die jährlich festgestellten Gewinne waren gegenüber der Hauptabrechnung bei der Theilung nur provisorische. Vgl. Brinckmann, Lehrb. §. 42 Nr. II und die Beispiele bei (Cleynmann)

Von diesem Gesichtspunkte geht nun auch das HGB. aus. Aus dem 2. Absatze des Art. 108 geht hervor, daß, wenn nicht besondere Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage dies gestatten, den einzelnen Gesellschaftern keineswegs ein unbeschränkter Anspruch auf effektive Auszahlung der jährlichen Gewinnantheile zusteht, und zwar ohne jede Rücksicht auf die verabredete Dauer der Gesellschaft.

Vielmehr ist dieser Anspruch der Gesellschafter in mehrfacher Hinsicht beschränkt.

1) Der Anspruch erstreckt sich erstens nur auf die Zinsen des gesammten Geschäftsantheiles jedes Gesellschafters und auf den Gewinnantheil des letzten Jahres, nicht auch auf die Zinsen und Gewinnantheile aus vorhergehenden Jahren, welche eben dadurch, daß sie nicht erhoben worden sind, dem Geschäftsantheile jedes Socius zugewachsen und ein Bestandtheil des Kapitales geworden sind.

2) Zweitens aber ist dieser Anspruch wenigstens hinsichtlich des Gewinnantheiles des letzten Jahres noch erheblich dadurch beschränkt, daß die Auszahlung nur insoweit gefordert werden kann, als dieselbe nicht zum offenbaren Nachtheile der Gesellschaft gereicht. Darüber, ob das Letztere der Fall ist oder nicht, entscheidet im Streitfalle das durch die Erwägung aller Umstände geleitete Ermessen des Richters [4]).

3) Demnach erscheint der Anspruch auf Auszahlung des Gewinnantheiles des letzten Jahres nur als ein bedingter. Der Anspruch auf Auszahlung der Zinsen des letzten Jahres ist dagegen ein unbedingter, wie dies einerseits aus dem Wortlaute des zweiten Absatzes des Artikels und andererseits auch aus Art. 106 Abs. 3 hervorgeht.

---

von Handlungsgesellschaften, Frankfurt a. M. 1825, S. 20 f. Formular zu einem Gesellschaftsvertrage vom J. 1750 (bei J. J. Beck, vollständiges Formular. 5. Auflage, Leipzig 1750): „Was sodann in der Handlung jedes halbe Jahr gewonnen wird, das soll alsdann nach geendigter Schlußrechnung jedem pro rata seines eingelegten Kapitals davon zugeschrieben und an seinen in denen Hauptbüchern befindlichen Konto ordentlich eingetragen werden, und kein Theil Macht haben, vor Abgang der bestimmten zehn Jahre etwas (es wäre denn die höchste Noth vorhanden) an seinem gelegten Kapital herauszunehmen, vielmehr zu trachten, beregte Handlung zu verstärken".

[4]) Vgl. auch Preuß. Landr. I, 17, §. 265: „Dagegen muß aber auch ein jeder Gesellschafter mit der baaren Herauszahlung seines Antheiles am Gewinne sich so lange gedulden, bis dieselbe ohne Zerrüttung der fortzusetzenden Geschäfte Statt finden kann."

4) Der Anspruch geht auch unter dieser Voraussetzung wörtlich überall nicht auf Auszahlung des Gewinnantheiles für das letzte Geschäftsjahr, sondern nur dahin, daß die Gesellschafter Gelder bis zu einem Betrage entnehmen dürfen, welcher ihre Gewinnantheile des letzten Jahres nicht übersteigt. Der Gesellschafter, welcher solche Gelder entnimmt, wird ungeachtet dieser seiner Berechtigung als Schuldner der Gesellschaft betrachtet und in den Handlungsbüchern mit den entnommenen Summen belastet [5]).

5) Nach der Vorschrift unseres Artikels stehen diese Befugnisse den einzelnen Gesellschaftern ohne Rücksicht darauf zu, ob sie die Geschäfte der Gesellschaft führen oder nicht und ferner ohne Rücksicht darauf, ob sie der Gelder zu ihrem Unterhalte bedürfen, ob sie sonstiges Vermögen haben oder nicht.

In diesen beiden Beziehungen weicht der Artikel erheblich von der ursprünglichen Bestimmung des preußischen Entwurfes (Art. 112) ab, welche dahin lautete:

> Jedoch ist ein Gesellschafter, welcher dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft seine Thätigkeit widmet, berechtigt, in Ermangelung eigenen Vermögens, den zur Bestreitung seines Unterhaltes nothwendigen Betrag aus dem Gesellschafts-Vermögen zu beziehen.

Der Entwurf war hierbei von der Ansicht ausgegangen, daß es sich wesentlich nur um eine Vorsorge für den Unterhalt der Gesellschafter handele und zwar wiederum nur für den Unterhalt derjenigen Gesellschafter, welche ihre Thätigkeit dem Betriebe widmen und welche zugleich kein anderweitiges Vermögen besitzen. Der vermögende Gesellschafter, d. h. derjenige, welcher außer seinem Gesellschaftsantheile noch Privatvermögen besitzt, sollte also von dem in Rede stehenden Anspruche ausgeschlossen sein, ebenso der nichtgeschäftsführende Socius. Endlich handelte es sich auch nur um die Gewährung einer entsprechenden Summe für den Unterhalt, nicht aber um Auszahlung von Zinsen und Gewinnantheil.

---

[5]) Motive zum preuß. Entwurfe, Art. 112; Brinckmann Lehrb. §. 39 Nr. X. — Cleynmann a. a. O. (vgl. Anm. 3) S. 16: „Auf dem Kontokorrent des Handlungsgesellschafters wird ihm successive zu Lasten geschrieben, was er von Zeit zu Zeit zu seinem Gebrauche, zum Beispiele für seine Haushaltung, aus der Societätshandlung entnimmt.“ Der schließliche Passiv-Saldo dieses Kontokorrentes wird durch Abschreibung vom Kapital-Konto des Gesellschafters ausgeglichen.

An Stelle dieser zu tief in die Privatsphäre der Gesellschafter eingreifenden Bestimmung, welche zudem das richterliche Ermessen hinsichtlich der Höhe der Bedarfsumme, sowie hinsichtlich der Frage, ob anderweitiges Vermögen vorhanden sei und ob dasselbe genüge, auf eine harte Probe gestellt haben würde, wurden jedoch bei der Berathung schließlich die im Artikel enthaltenen festeren Grundsätze angenommen [6]). Diese sehen von dem Privatvermögen und von der individuellen Lage der Gesellschafter, sowie von der Geschäftsführung ganz ab und sehen umgekehrt mehr auf die Gesammtlage der Gesellschaft.

Art. 109.

Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung, unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt.

Preuß. Entw. Art. 110. — I. Entw. Art. 107. — II. Entw. Art. 108. — Protok. S. 205, 208 f., 991 f., 1019 f.

I. Nachdem das HGB. den Grundsatz angenommen hat, daß den Gesellschaftern von ihren Kapitaleinlagen und Geschäftsantheilen zuvörderst Zinsen zu berechnen und gutzuschreiben sind und daß unter Gewinn der Gesellschaft nur derjenige Netto-Ertrag zu verstehen ist, der sich als Ueberschuß über die Zinsen der Einlagen oder Antheile der Gesellschafter ergibt (Art. 106), so war die bestrittene Frage über die zweckmäßigste Art der Gewinnvertheilung bei der offenen Handelsgesellschaft erheblich vereinfacht. Es erschien nun um so naturgemäßer, in Ermangelung einer besonderen Verabredung den Gewinn unter die Gesellschafter nach Köpfen, d. h. zu gleichen Antheilen zu vertheilen, weil die unerläßliche Berücksichtigung der oft erheblichen Verschiedenheit der einzelnen Geschäftsantheile und pekuniären Einlagen bereits in jener Bestimmung über die Zinsen erfolgt war.

---

[6]) Daß die vorgeschlagene Bestimmung über Gewährung von Bedarfsummen der älteren Anschauung entsprach, kann nicht bestritten werden. S. die in den Anm. 3 und 5 a. Beispiele, ferner Brinckmann §. 39, X und Endemann §. 41 Anm. 30. Durch den Gesellschaftsvertrag kann übrigens die Auszahlung solcher Bedarfsummen jederzeit festgesetzt werden.

Auf diese Weise hat das HGB. die beiden Systeme, welche sich nach der älteren juristischen Auffassung gegenseitig auszuschließen schienen, nämlich die Gewinnvertheilung nach dem Maßstabe der Kapitaleinlagen und diejenige nach Köpfen [1]), in einer Weise vereinigt, welche zugleich einem Handelsgebrauche entspricht [2]). Auf diese Weise erhält auch derjenige einen Kopfantheil, welcher keine Vermögenseinlage, sondern nur seine Industrie oder seine Firma beigesteuert hat und andererseits erhält derjenige, welcher eine starke Kapitaleinlage gemacht hat, ein der Billigkeit angemessenes Präzipuum in Gestalt der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zinsen seiner Einlage.

II. Der preußische Entwurf enthielt noch eine besondere Bestimmung über die Ungültigkeit der s. g. societas leonina. Dieselbe lautete (Art. 111):

> Wenn in dem Gesellschaftsvertrage festgesetzt ist, daß ein Gesellschafter von jedem Antheile am Gewinne ausgeschlossen sei, so ist der Gesellschaftsvertrag ungültig; er besteht als Schenkung, sofern die Voraussetzungen dieses Vertrages vorhanden sind.
>
> Dagegen ist die Verabredung gültig, daß ein Gesellschafter vom Verluste überhaupt nicht oder nur in einem verhältnißmäßig geringeren Maße betroffen werden soll.

Diese Bestimmungen entsprachen im Ganzen der gemeinrechtlichen

---

[1]) L. 29 D. Pro socio 17, 2: Si non fuerint partes societatis adjectae, aequas eas esse constat.

[2]) Vgl. Brinckmann, Lehrb. §. 42. In den Partikularrechten herrschte die Gewinnvertheilung nach Verhältniß der Einlagen vor, so nach preuß. Landr. I, 17, §. 251 f., Code civil Art. 1853. Dieses System hat den Fehler, daß es keine Rücksicht auf die gleichmäßige solidarische Haft aller Gesellschafter nimmt, auch gibt dasselbe zu einer Reihe von Streitfragen Veranlassung, welche den Gewinnantheil derjenigen Gesellschafter betreffen, welche keine Vermögenseinlage gemacht haben. So ist im preuß. Landrechte, wie im französischen Civilgesetzbuche a. a. O. bestimmt, daß ein solcher Gesellschafter bei der Gewinnvertheilung demjenigen gleichstehen soll, der die geringste Vermögenseinlage gemacht hat. Das System des HGB.'s beseitigt diese Streitfragen, die mit demselben im einzelnen Falle etwa verbundenen Härten müssen durch den Gesellschaftsvertrag beseitigt werden; es ist kein System der Gewinnvertheilung denkbar, welches in einzelnen Fällen nicht zu Unbilligkeiten führen könnte, diese auszugleichen ist die Aufgabe der Gesellschaftsverträge. Vgl. auch Art. 106 Anm. 1.

Doktrin [3]), in der zweiten Lesung wurde jedoch beschlossen, dieselben zu streichen, weil sie selbstverständlich und deshalb überflüssig seien (Prot. S. 1000).

---

[3]) Vgl. Brinckmann §. 41, I; v. Vangerow, Pandekten III, §. 651 Anm. 1; Endemann §. 42 Anm. 11; Mayr, de divisione bonorum societatis, Landshut 1825; L. 29 §. 2, L. 30 D. 17, 2; L. 32 §. 24 D. de donat. inter virum et uxor. XXIV, 1; Preuß. Landr. I, 17, §. 246. S. auch das in Busch' Archiv Bd. IX S. 313 und in der Sammlung von handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd II S. 161 mitgetheilte Erk. des Handels-Appell.-Gerichtes zu Nürnberg, in welchem die Stipulation: A soll 5 Prozent seines eingeschossenen Kapitales erhalten, der alsdann sich ergebende Reingewinn soll nach Köpfen getheilt werden, der etwaige Verlust soll aber nur von B getragen werden, für gültig erklärt wurde.

Dritter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu dritten Personen.

Art. 110.

Die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältniß zu dritten Personen mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat.

Die Beschränkung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte, als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Pr. Entw. Art. 94. — I. Entw. Art. 109. — II. Entw. Art. 109. — Prot. S. 173 f. 1000. 4520.

Der dritte Abschnitt des Titels handelt nur von dem Verhältniß der Gesellschaft nach Außen oder zu Dritten, im Gegensatze zu dem Verhältnisse der Gesellschafter unter einander [1]).

I. Beginn der Gesellschaft Dritten gegenüber.

Der Art. bestimmt den Zeitpunkt, mit welchem die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft Dritten gegenüber ihren Anfang nimmt. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden.

1) Ist die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so ist dabei entweder auch der Zeitpunkt speziell angegeben, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat oder errichtet ist (Art. 86); oder es fehlt an einer solchen speziellen Zeitangabe, alsdann gilt Dritten gegenüber der Tag der Eintragung zugleich als Anfangstermin der Gesellschaft. In dem einen wie im anderen Falle ist also durch die Eintragung im Handelsregister ein bestimmter Zeitpunkt gegeben, mit welchem die Gesellschaft ihre Wirksamkeit Dritten gegenüber jedenfalls beginnt.

---

[1]) Vgl. oben die Erläuterungen zu Art. 90 S. 117 dieses Bandes.

16

Gleichwohl kann aber zufolge der Bestimmung des Art. auch bei erfolgter Eintragung die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft Dritten gegenüber schon mit einem früheren Zeitpunkte begonnen haben, dies ist der Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft ihre Geschäfte thatsächlich begonnen hat.

Da jedoch der in das Register eingetragene und veröffentlichte Termin die Präsumtion für sich hat, so ist es Sache des Dritten, welcher einen früheren Anfangstermin der Gesellschaft behauptet, denselben im Leugnungsfalle zu beweisen.

2) Ist die Gesellschaft nicht eingetragen, so folgt selbstverständlich daraus nicht, daß sie Dritten gegenüber nicht bestehe oder keine Wirksamkeit habe [2]), sondern in diesem Falle beginnt die Wirksamkeit Dritten gegenüber mit dem thatsächlichen Beginne der Geschäfte [3]).

II. Die Thatsachen, aus welchen der Beginn der Geschäfte einer offenen Handelsgesellschaft gefolgert wird, sind mit denjenigen identisch, aus welchen auf das Bestehen einer solchen Gesellschaft überhaupt geschlossen wird und unter denen die wichtigeren, wie sie regelmäßig vorzukommen pflegen, bereits in den Erläuterungen zu Art. 85 Ziff. 2 hervorgehoben worden sind (S. 80—82). Allerdings wird der Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten unter einer gemeinschaftlichen Firma stets das vorzüglichste Kennzeichen des Bestehens einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft sein, und in dieser Hinsicht genügt schon ein einziges Rechtsgeschäft, wenn dasselbe unter der Gesellschaftsfirma geschlossen worden ist, also schon das Accept oder die Ausstellung oder die Indossirung eines Wechsels unter der Gesellschaftsfirma [4]), vorausgesetzt, daß die Handlung nicht von einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Socius vorgenommen worden ist und dem Dritten die Kenntniß dieser Ausschließung nachgewiesen wird (Art. 87 u. 25). Und die Gesellschaft beginnt ferner auch schon dadurch ihre Geschäfte und damit zugleich ihre Existenz Dritten gegenüber, wenn sie unter ihrer Firma auch nur vorbereitende Geschäfte

---

[2]) Vgl. Bd. I S. 101, 102.

[3]) Der Rechtsschutz für die Firma und die Befugniß, das Geschäft sammt Firma zu veräußern (Art. 22, 27 des HGB.), stehen der eingetragenen Gesellschaft unabhängig von der Frage zu, ob sie jemals Geschäfte betrieben hat oder nicht. Es genügt, daß die Gesellschaft den Zweck hat, ein Handelsgewerbe gemeinsam zu betreiben. Vgl. oben S. 80 Anm. 15.

[4]) Erk. des Obertrib. zu Berlin v. 4. April 1865 in Busch' Archiv Bd. VII S. 184 und Erk. des Handelsappell.-Gerichtes zu Nürnberg v. 23. Februar 1866 in der Sammlung der Entscheid. dieses Gerichtshofes Bd. II S. 205.

behufs der Einrichtung ihres eigentlichen Betriebes abschließt, also wenn sie die zu ihrem Betriebe erforderlichen Maschinen, Utensilien und Vorräthe anschafft [5]).

Allein es ist nicht einmal erforderlich, daß die Gesellschaft unter einer gemeinsamen Firma kontrahirt habe. Es ist denkbar, daß eine Handelsgesellschaft besteht, daß sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte auf gemeinsamen Gewinn und Verlust treibt, ohne ihrer Verpflichtung, eine Gesellschaftsfirma anzunehmen, nachgekommen zu sein; zur Erfüllung dieser Verpflichtung kann sie allerdings vom Handelsgerichte disziplinarisch angehalten werden [6]).

III. Keine rechtliche Wirkung.

Die rechtliche Unwirksamkeit der im Abs. 2 des Artikels erwähnten Verabredung ist hier ebenso zu verstehen wie die rechtliche Unwirksamkeit der Beschränkungen hinsichtlich des Umfanges der Prokura nach Art. 43 des HGB. Die rechtliche Unwirksamkeit Dritten gegenüber ist eine absolute; das Recht versagt einer solchen Verabredung die Anerkennung und die Unwirksamkeit besteht auch dann noch, wenn der Dritte die Verabredung kannte. Wenn also unter den Gesellschaftern die Verabredung besteht, daß ungeachtet der am 1. März erfolgten Eintragung die Gesellschaft oder, wie man sich auszudrücken pflegt, die Eröffnung des Geschäftes erst am 15. April oder mit einem noch unbestimmten Zeitpunkte beginnen soll, und der von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossene Socius A nimmt bei einem Banquier ein Darlehen für die Gesellschaft auf, aus welchem dieser nun gegen den anderen Socius B klagt, so kann B sich nicht der Einrede bedienen, Kläger habe die oben erwähnte Verabredung, in Folge deren A zur Aufnahme von Darlehen für die Gesellschaft nicht berechtigt gewesen sei, gekannt.

Eine solche exceptio doli kann dem Dritten aus dem Grunde nicht entgegengestellt werden, weil in dem Entgegenhandeln gegen eine vom Gesetze für unwirksam erklärte Verabredung an und für sich kein Dolus und keine mala fides liegt; der Dritte könnte sich der bekannten Replik bedienen feci sed jure feci, er hatte ein Recht, die den Art. 110 und 116 entgegenstehende Verabredung der Gesellschafter unbeachtet zu lassen. Denn auch nach Art. 116 erscheint die Verabredung Dritten gegenüber rechtlich unwirksam, weil sie die Befugniß zur Geschäftsführung erst von einem gewissen Zeitpunkte ab eintreten lassen will, ungeachtet die Gesellschaft bereits besteht. Nur dann könnte sich die Gesellschaft oder der Mit-

---

5) Erk. des Kammergerichtes zu Berlin v. 18. Juli 1865 in Busch' Archiv Bd. VII S. 186.

6) Vgl. oben S. 82 und Bd. I S. 105.

gesellschafter einer solchen Einrede bedienen, wenn sich dieselbe nicht auf das bloße Kennen der Verabredung Seitens des Dritten, sondern vielmehr darauf stützt, daß in Folge anderweiter begleitender Umstände die Handlungsweise des Dritten als Delikt, oder als Theilnahme an einem solchen erscheint[7]).

Art. 111.

Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Pr. Entw. Art. 87, 90. — I. Entw. Art. 110. — II. Entw. Art. 110. — Prot. S. 154–161, 274—279, 284, 1001, 4520.

Eigenthum und dingliche Rechte.

I. Aus den Bestimmungen dieses Art. in Verbindung mit anderen Artikeln des HGB. (Art. 113, 121, ferner 164, 166, 169, 213) ist bereits in der Einleitung zum II. Buche der Schluß gezogen worden, daß das HGB. die Handelsgesellschaften und so auch die offene Gesellschaft als juristische Personen ansieht, als selbständige Rechtssubjekte, als Träger und Inhaber selbständiger Rechte und Pflichten. (S. 5 — 15 dieses Bandes.)

---

[7]) Vgl. Bd. I S. 333, 334 u. unten Art. 116. — So auch v. Hahn zu Art. 110; a. M. von Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 24, welcher für die Zulässigkeit der exceptio doli im obigen Falle ist, unter Berufung auf die Art. 25 u. 87 des HGB. Indeß ist der Art. 25 Abs. 3 (in Verbindung mit Art. 87 Abs. 2) in dem Falle nicht anwendbar, wenn das Gesetz eine bestimmte Thatsache oder Verabredung Dritten gegenüber ohne Rücksicht darauf, ob die Thatsache eingetragen ist oder nicht, überhaupt für unwirksam erklärt. Rücksichtlich der Prokura und der Auslegung des Art. 43 hat sich die gerichtliche Praxis der im Texte vertheidigten strengeren Auffassung zugewandt, was aber von der im Art. 43 vorgeschriebenen rechtlichen Unwirksamkeit gilt, das muß auch von den analogen Fällen in Art. 110 Abs. 2 und 116 gelten.

Unter den Wirkungen der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ist besonders hervorzuheben die der Gesellschaft im Art. ausdrücklich beigelegte Fähigkeit, unter ihrer Firma Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben. Hieraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß, wenn die Gesetzgebung eines Landes zum rechtsgültigen Erwerbe des Grundeigenthums und gewisser dinglicher Rechte an Grundstücken die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch vorschreibt, die Handelsgesellschaft auch berechtigt und befähigt ist, das Grundeigenthum und die dinglichen Rechte der Gesellschaft im Hypothekenbuche auf die Gesellschaftsfirma eintragen zu lassen.

Gerade diese letztere praktisch wichtigste Befugniß hatte die offene Handelsgesellschaft weder nach der früheren Partikulargesetzgebung noch nach der herrschenden Theorie und Praxis des gemeinen deutschen Handelsrechtes vor dem A. D. Handelsgesetzbuche. Das Grundeigenthum und die dinglichen Rechte der Handelsgesellschaft wurden wie bei der gewöhnlichen Sozietät auf die Namen der einzelnen Gesellschafter eingetragen. So auch im Gebiete des preußischen Landrechtes, ungeachtet der Bestimmung desselben Th. I Tit. 17 §. 199 (Koch zu diesem §. und Gelpke in dessen Zeitschr. 2. Heft S. 56—60). Damit war aber das Wesen des handelsgesellschaftlichen Eigenthums und dessen tiefe Verschiedenheit vom gewöhnlichen Miteigenthum vollständig verkannt, die Handelsgesellschaften waren der Gefahr ausgesetzt, daß der einzelne Gesellschafter seinen ideellen Antheil am Grundeigenthum der Gesellschaft, z. B. an den Fabrikgebäuden, zu Privatzwecken veräußerte oder verpfändete, oder daß die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters diese Veräußerung behufs ihrer Befriedigung bewirkten[1]). Wo die Praxis diese Uebelstände erkannte, suchten die Hypothekenbehörden sich dadurch zu helfen, daß sie bei den Namen der Gesellschafter zugleich den Zusatz eintrugen „als Mitglieder der Handelsgesellschaft A und B", während es doch sehr fraglich war, ob diesem Zusatze irgendwelche rechtliche Bedeutung zukam.

Das HGB. hat auch hierin einen Fortschritt bewirkt und Klarheit in diese Verhältnisse gebracht. Denn die Zulässigkeit der Eintragung des Gesellschaftseigenthums auf die Gesellschaft als solche unter ihrer Firma kann nach Art. 111 nicht bezweifelt werden. Damit ist aber der Rechtscharakter des Gesellschaftsvermögens im Gegensatze zum gewöhnlichen gemeinschaftlichen Eigenthum zum vollen Ausdrucke gelangt[2]).

---

[1]) Mit Recht ist diese frühere Praxis bei den Eintragungen in die Hypothekenbücher als eine Vernichtung der innersten Natur und Eigenthümlichkeit der Handelsgesellschaft bezeichnet worden von Gelpke a. a. O.

[2]) Daß auch die Mitglieder einer Handelsgesellschaft noch gemeinschaftliches Ei-

II. Indeß konnte das HGB. eine spezielle Vorschrift über die Form der Einträge in den Hypothekenbüchern rücksichtlich des Gesellschaftseigenthums kaum aufnehmen, da die Führung der Hypothekenbücher nicht zum Bereiche des HGB. gehörte, und es mußte deshalb die Ausführung des im Art. 111 aufgestellten Prinzips im Einzelnen den Einführungsgesetzen überlassen werden, in deren Bestimmungen sich im Ganzen zwei verschiedene Richtungen erkennen lassen [3]).

1) Das preußische sowie das bayerische Einführungsgesetz und die denselben nachgebildeten Gesetze enthalten nicht nur die Bestimmung, daß die zum Vermögen einer Handelsgesellschaft gehörenden Grundstücke (Gerechtigkeiten, dingliche Rechte und Hypothekenforderungen) auf die Firma der Gesellschaft in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen, sondern sie fügen auch noch hinzu, daß hierbei die Namen der einzelnen Gesellschafter nicht mit aufgeführt werden sollen [4]). Hiernach ist also die Eintragung der einzelnen Gesellschafter anstatt der Firma oder auch nur neben derselben im Hypothekenbuche nicht gestattet, das Prinzip, auf welchem das Rechtsinstitut der Handelsgesellschaft beruht, ist vielmehr streng und konsequent durchgeführt. Von selbst ergibt sich, daß nach diesen Gesetzen der Hypothekenrichter bei der Eintragung von Gesellschaftseigenthum und von Verfügungen über dasselbe stets auf das Handelsregister angewiesen ist. Die Eintragung der Firma in das Hypothekenbuch kann erst erfolgen, wenn die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nachgewiesen ist; ferner wenn eine Verfügung über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand in das Hypothekenbuch eingetragen werden soll, so muß der Nachweis, daß der Verfügende nach dem HGB. die rechtliche Befugniß zu der getroffenen Disposition Dritten gegenüber gehabt hat (Legitimation), aus dem Handelsregister geführt werden. Die Nachweisungen aus dem Handelsregister werden durch Atteste oder beglaubigte Auszüge aus dem Handelsregister geführt [5]).

---

genthum besitzen können (gewöhnliches condominium pro indiviso), welches vom Sozietätsvermögen verschieden ist und dessen Benutzung sie der Handelsgesellschaft überlassen können, ist oben zu Art. 91 des HGB. (S. 135) an einem praktischen Beispiele nachgewiesen worden.

[3]) Vgl. Noack, der Einfluß des HGB. auf das Grund- und Hypothekenrecht in Busch' Archiv Bd. IV S. 196.

[4]) Preuß. Einf.-Ges. Art. 23; bayer. Einf.-Ges. Art. 41, 42 und Lutz, Kommentar S. 119 f.

[5]) Durch Atteste nach dem k. sächsischen (§. 10) und preuß. Einf.-Ges. (Art. 23 §. 3), durch beglaubigte Auszüge nach dem bayer. Einf.-Ges. Art. 42. Ueber den Unterschied dieser beiden Arten von Nachweisungen siehe die Er-

2) Dagegen gestattet das königl. sächsische Einführungsgesetz (§. 10 Abs. 2), daß bei der Eintragung eines Grundstückes, einer Hypothek oder eines anderen eintragungsfähigen Rechtes auf die Firma der Gesellschaft zugleich auf Antrag der Gesellschaft auch die einzelnen Theilhaber mit eingetragen werden können und es soll dies auch noch nachträglich geschehen können. Die Wirkung eines solchen Zusatzes soll darin bestehen, daß die im Hypothekenbuche als Inhaber der Firma eingetragenen Personen so lange als Inhaber und Gesellschafter gelten und auch so lange ausschließlich zur Disposition über jene Grundstücke oder Rechte legitimirt sind, als nicht andere Personen als Inhaber der Firma eingetragen oder die eingetragenen Namen gelöscht sind. Gegen dieses System spricht jedoch, daß dasselbe zu fortwährenden Widersprüchen zwischen dem Inhalte des Hypothekenbuches und dem des Handelsregisters führen kann; es kann nach diesem Systeme vorkommen, daß ein im Hypothekenbuche noch eingetragener Gesellschafter Dritten gegenüber in rechtsgültiger Weise eine Hypothek am Gesellschaftsgrundstücke bestellt, während der Austritt desselben aus der Gesellschaft längst in das Handelsregister eingetragen und vorschriftsmäßig veröffentlicht ist. Der Hauptzweck, welcher durch die Vorschrift des Art. 111 erreicht werden soll, die Sicherheit der Gesellschaft Dritten gegenüber, wird durch dieses System wesentlich abgeschwächt[6]). Dasselbe kann noch zu besonderen Konflikten im Falle des Konkurses führen (Art. 120, 122 des HGB.).

3) Das preußische Einf.-Ges. bestimmt außerdem noch, daß die Aenderungen in Bezug auf die Firma oder den Sitz der Gesellschaft ebenfalls in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen; dies ist jedoch nicht

---

läuterungen zu Art. 12 im I. Bde dieses Kommentars. — Die preuß. Ministerialinstruktion vom 21. Dez. 1861 Th. I §. 105 (Justizminister.-Blatt 1861 S. 351) hebt übrigens mit Recht hervor, daß es der förmlichen Atteste nicht bedarf, wenn das Handelsregister und das Hypothekenbuch von demselben Gerichte geführt werden und der Hypothekenrichter durch eigene Einsicht des Handelsregisters die Richtigkeit der betreffenden Thatsachen konstatiren kann.

[6]) Vgl. Noack a. a. O. S. 199 f., Goldschmidt in dessen Zeitschrift Bd. VI S. 104 und Lutz a. a. O. S. 120, 121. Es ist bereits oben hervorgehoben worden, daß die Praxis schon vor dem HGB. theilweise zu dem Auskunftsmittel gegriffen hatte, in das Hypothekenbuch zuerst die Namen der Gesellschafter einzutragen und dann den Zusatz zu machen: als Inhaber der Firma A und B. Die Bestimmung des sächs. Einf.-Ges. lehnt sich an dieses ältere System an, im Grunde werden derartige Bestimmungen immer auf ein gewisses Schwanken zwischen der römischen und der deutschen Auffassung der Handelsgesellschaft zurückzuführen sein.

dahin zu verstehen, daß der Hypothekenrichter eine solche Eintragung beziehungsweise Aenderung von Amtswegen bewirken müsse oder auch nur bewirken dürfe, sondern es ist ein Antrag der Parteien abzuwarten und der Hypothekenrichter hat bei Prüfung und Ausführung der Anträge darauf zu halten, daß die Einträge im Hypothekenbuche mit den inzwischen abgeänderten Einträgen im Handelsregister in Uebereinstimmung gebracht werden. Auch steht dem Hypothekenrichter keine Disziplinargewalt hinsichtlich der Anmeldung der Aenderungen zu wie dem Handelsrichter.

IV. In der Zulässigkeit des Legitimations-Nachweises durch Atteste und Auszüge aus dem Handelsregister liegt eine erhebliche Erleichterung für die Handelsgesellschaften, wenn man erwägt, daß dem Hypothekenrichter gegenüber stets die Vorlage öffentlicher Urkunden erforderlich ist, während doch zur Errichtung der offenen Handelsgesellschaft und der Commanditgesellschaft nicht einmal eine Privaturkunde erforderlich ist (Art. 85, 150 des HGB.) und der Nachweis des Bestehens der Gesellschaft dem Hypothekenrichter gegenüber sonach auf Schwierigkeiten stoßen würde. Insoweit es also auf den Legitimationspunkt ankommt, tritt der attestirte Inhalt des Handelsregisters an die Stelle der sonst erforderlichen öffentlichen Urkunden. Sind aber die Parteien im Besitze öffentlicher Urkunden, durch welche sie den Legitimations-Nachweis erbringen können, also z. B. eines notariellen Gesellschaftsvertrages, aus welchem die Dispositionsbefugniß eines bestimmten Gesellschafters hervorgeht, so ist die Vorlage derselben vor dem Hypothekenrichter nicht ausgeschlossen[7]). Aber abgesehen von der nach Handelsrecht zu beurtheilenden Legitimation der Gesellschafter verbleibt es im Uebrigen für den Hypothekenrichter bei den Vorschriften der Grundbuch- und Hypothekenordnungen, namentlich hinsichtlich der gesetzlichen Formen, in welchen Dispositionen über Grundstücke getroffen sein müssen, wenn sie in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen[8]).

V. Ist die Eintragung eines Grundstückes oder eines eintragungsfähigen Rechtes auf die Firma der Gesellschaft erfolgt, so entsteht die Frage, ob, wenn neue Verfügungen über diese Objekte eingetragen werden sollen, die Legitimation desjenigen, der sich bei der ersten Eintragung als verfügungsberechtigt legitimirt hatte, stets wieder von Neuem durch Atteste aus dem Handelsregister nachgewiesen werden muß.

---

[7]) Der Art. 23 §. 2 des preuß. Einf.-Ges. sagt auch nur, daß zur Legitimation der Nachweis aus dem Handelsregister genüge. Ueber die Vorsicht, welche der Hypothekenrichter in Betreff etwaiger Widersprüche zwischen den Urkunden und dem Handelsregister zu beobachten hat s. Lutz, Komment. zu Art. 42 des bayer. Einf.-Ges. S. 125, 126.

[8]) S. oben zu Art. 91 S. 129 dieses Bandes.

Da die Atteste und beglaubigten Auszüge sich immer nur auf denjenigen Inhalt des Handelsregisters beziehen, welchen dasselbe zu einer bestimmten Zeit hatte, so wird die Frage nur bejaht werden können.

Das bayerische Einführungsgesetz (Art. 42) hat die Entscheidung im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen [9]), während das preuß. Einf.-Gesetz die Frage nicht speziell entschieden hat. Es genügt jedoch, wenn das Handelsgericht bescheinigt, daß eine Veränderung in der Dispositionsbefugniß der Gesellschafter oder in dem Bestande der Gesellschaft nicht eingetreten sei.

VI. Die Eintragung auf die Firma ist vom HGB. nur für die Handelsgesellschaften, nicht auch rücksichtlich der einem Einzelkaufmanne gehörenden Grundstücke, dinglichen Rechte und Hypothekenforderungen gestattet. Bei Einzelkaufleuten müssen die Eintragungen im Hypothekenbuche nach wie vor auf den Familiennamen des Firmeninhabers lauten und zur Eintragung von Dispositionen über Grundeigenthum eines Einzelkaufmannes kann sich der Hypothekenrichter nicht mit der Vorlage von Attesten aus dem Handelsregister (Firmenregister) begnügen, sondern muß die Vorlage anderweiter öffentlicher Urkunden verlangen, eine Maßregel, welche namentlich im Falle des Art. 23 wichtig werden kann [10]).

Treibt eine juristische Person, welche nicht Handelsgesellschaft ist, ein Handelsgewerbe unter einer besonderen, von ihrem gewöhnlichen Namen verschiedenen Firma, so erfolgt die Eintragung im Hypothekenbuche ebenfalls nicht auf die Firma des Handelsgeschäftes, sondern auf denjenigen Namen, dessen sich die juristische Person im allgemeinen Rechtsverkehre bedient; dieser letztere Name, den man im Gegensatze zur Firma als den natürlichen Namen bezeichnen kann, ersetzt bei juristischen Personen den Familiennamen. Betreibt also die Stadt Halle eine Gasfabrik unter der Handelsfirma Hallische Gasanstalt oder städtische Gasanstalt zu Halle, so wird als Eigenthümer der Fabrikgrundstücke oder als Inhaber von aktiven Hypothekenforderungen nicht diese Firma, sondern die Stadt Halle in das Hypothekenbuch eingetragen. Selbstverständlich kann aber auch bei juristischen Personen, die nicht Handelsgesellschaften sind, der gewöhn-

---

[9]) Vgl. Lutz a. a. O. S. 124—126. Vorsicht ist natürlich bei Auszügen aus dem Handelsregister von älterem Datum doppelt geboten. Ueber die Präsumtion der Fortdauer der Legitimation nach dem k. sächs. Einf.-Ges. s. oben.

[10]) Vgl. Lutz a. a. O. S. 122, 126. Eine andere Frage ist, ob nicht in Folge der Vorschriften des partikularen Hypothekenrechtes eines Landes die Eintragung auch auf die Firma eines Einzelkaufmannes schon jetzt erfolgen kann und ferner, ob nicht eine künftige Gesetzgebung dies allgemein gestatten wird.

liche Name mit der Firma identisch sein, alsdann entsteht auch bei den Eintragungen keine Verschiedenheit [11]).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß, wenn die Firma einer Handelsgesellschaft auf einen Einzelkaufmann übergeht, der dieselbe nach Auflösung der Gesellschaft fortzuführen berechtigt ist, alsdann die auf diese Firma im Hypothekenbuche eingetragenen Grundstücke und dinglichen Rechte auf den Familiennamen des jetzigen Besitzers einzutragen sind [12]), denn die Handelsgesellschaft besteht alsdann nicht mehr und nur die Gesellschaft als solche ist berechtigt, die Eintragung auf ihre Firma zu verlangen, nicht die von der Gesellschaft losgelöste Firma.

Prozeßführung.

VII. Der Art. bestimmt ferner, daß die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Das Rubrum bei Klagen und gerichtlichen Akten in Sachen einer Handelsgesellschaft kann demnach ohne jede weitere Bezeichnung der einzelnen Theilhaber auf die Gesellschaftsfirma lauten, ja dasselbe muß auf diese Firma lauten, wenn der betreffende Akt sich als ein Akt der Gesellschaft als solcher, oder gegen die Gesellschaft als solche im Gegensatze zu den einzelnen Theilhabern darstellen soll. Dieser Unterschied, welcher im Falle des Konkurses der Gesellschaft (Art. 122) besonders wichtig ist, wird in Folge älterer Reminiszenzen auch noch gegenwärtig in der Praxis nicht durchweg beachtet; Klagen mit dem Rubrum: der Oekonom A zu X, Kläger, wider die Kaufleute B, C und D zu Z, handelnd unter der Firma B und Comp., Verklagte, Forderung betreffend, sind auch gegenwärtig noch keine Seltenheiten, obgleich den Bestimmungen des HGB. gegenüber diese Bezeichnung durchaus nicht präzis erscheint, insofern ein Urtheil nicht blos gegen die drei Gesellschafter für ihre Person, sondern gegen die Gesellschaft B und Comp. erwirkt werden soll [13]).

1) Auch eine Prozeßvollmacht kann unter der Firma der Gesellschaft ausgestellt werden, selbstverständlich muß jedoch die Unterschrift von einem

---

[11]) Handelsgesellschaften haben überhaupt keinen anderen Namen als ihre Firma und hieraus folgt, daß zur Eintragung der Grundstücke und der dinglichen Rechte der Gesellschaft auf die Gesellschaftsfirma der Hypothekenrichter auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift eben so berechtigt wie verpflichtet sein würde; der Hypothekenrichter hat eigentlich gar keine andere Wahl.

[12]) Ausdrücklich bestimmt dies das k. sächsische Einf.-Gesetz §. 10 Abs. 3; der Bestimmung kommt aber allgemeine Geltung zu, weil sie nur eine Folgerung aus Art. 111 des HGB. ist. Selbstverständlich geschieht auch diese Umschreibung nicht von Amtswegen.

[13]) S. unten §. VIII und die Erläuterungen zu Art. 117.

solchen Gesellschafter herrühren, der zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist (Art. 114 u. 117); daß letzteres der Fall sei, muß erwiesen werden und diesen Nachweis kann sowohl das Gericht von Amtswegen, wie die Gegenpartei verlangen. Der Gesellschafter führt diesen Nachweis durch einen beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister oder durch ein Attest des Handelsgerichtes, und es ist die Beibringung eines solchen Attestes Sache des Anwalts der Gesellschaft. Selbstverständlich genügt aber auch hier das Zeugniß, daß eine Ausschließung desjenigen Gesellschafters, der die Prozeßvollmacht oder sonstige Prozeßschriften mit der Firma unterzeichnet hat, von der Vertretungsbefugniß im Handelsregister nicht eingetragen stehe [14]).

2) Dagegen können eidesstattliche Versicherungen und Atteste nicht mit der Firma unterzeichnet werden, denn dieselben können immer nur von physischen Personen ausgestellt werden.

Demnach müssen die Handelsgesellschafter derartige Dokumente mit ihrem bürgerlichen Namen entweder allein oder neben der Firma unterzeichnen [15]).

3) Ebensowenig können auch gerichtliche Strafen gegen die Gesellschaftsfirma als solche ausgesprochen werden, sondern vielmehr nur gegen die einzelnen und eventuell gegen sämmtliche einzelne Theilhaber als Beschuldigte oder Angeklagte; denn die gerichtliche Verfolgung findet wiederum nur gegen die physischen Personen statt, also bei einer Mehrheit von Individuen gegen jedes einzelne Individuum, insofern sie sich des Vergehens in Gemeinschaft schuldig gemacht haben [16]).

VIII. Daraus, daß die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma vor Gericht verklagt werden **kann**, folgt nicht, daß der Kläger, welcher einen Anspruch gegen die Gesellschaft geltend machen will, gezwungen wäre, stets nur gegen die Gesellschaft als solche unter deren Firma zu klagen, vielmehr hat der Kläger bei der Einklagung einer Forderung aus Ver-

---

[14]) Vgl. oben S. 97 zu Art. 86. Erk. des Ob.-Appellger. zu Dresden vom 4. Dec. 1863 in Busch' Archiv Bd. VIII S. 150 und des Handels-Appellger. zu Nürnberg vom 23. Nov. 1864 in Busch' Arch. Bd. V S. 313.

[15]) Erkenntniß des Stadtgerichtes zu Berlin (1866) in Busch' Archiv Bd. IX S. 119.

[16]) Erk. des Ober-Trib. zu Berlin v. 26. Okt. 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 150. Ueber die solidarische Haft sämmtlicher Gesellschafter für die Strafen und den Schadensersatz, welchen die Steuerbehörde wegen unrichtiger Begleitscheine vom Frachtführer der Gesellschaft einzieht s. Erk. des Ober.-Trib. zu Berlin v. 4. April 1867 in Striethorst Archiv f. Rechtsfälle des k. O.-Trib. Bd. 67 S. 140. Ueber die Strafe des fahrlässigen Bankerotts gegen sämmtliche Gesellschafter s. oben S. 215 Anm. 5.

bindlichkeiten der Gesellschaft das für ihn unter Umständen sehr vortheilhafte Wahlrecht, ob er 1) einen einzelnen Gesellschafter in dessen ordentlichem Gerichtsstande (Domizil)[17], oder 2) sämmtliche einzelne Gesellschafter als solche (Art. 112), oder 3) nur die Gesellschaft unter ihrer Firma oder aber 4) zugleich die Gesellschaft und einzelne oder alle einzelnen Gesellschafter verklagen will. Die Verschiedenheiten dieser einzelnen Wege zeigen sich sofort nicht nur in der möglichen Verschiedenheit des Gerichtsstandes der Gesellschaft und eines einzelnen Socius, sondern auch in der rechtlichen Wirkung der erstrittenen Erkenntnisse. Will nämlich ein Gesellschaftsgläubiger ein gerichtliches Urtheil erwirken, welches auch gegen das Privatvermögen eines oder aller Gesellschafter vollstreckbar ist, so muß er die Klage auch gegen die Gesellschafter persönlich richten, weil aus der Verurtheilung der Gesellschaft unter ihrer Firma noch nicht die Vollstreckbarkeit des Urtheiles gegen das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter folgt[18]). Dies tritt namentlich dann hervor, wenn es sich um Eintragung sogenannter gerichtlicher Hypotheken auf die Grundstücke der einzelnen Gesellschafter im Gegensatze zu den Grundstücken der Societät handelt. Ist in einem Erkenntnisse nur die Gesellschaft als solche unter ihrer Firma verurtheilt, so wird zu dem angegebenen Zwecke ein zweites Erkenntniß gegen die einzelnen Gesellschafter erwirkt werden müssen, dies erlangt aber der Kläger in der Weise am leichtesten, daß er unter Produktion des gegen die Gesellschaftsfirma ergangenen Erkenntnisses den Nachweis führt, daß der nun verklagte einzelne Socius zur Zeit der Verurtheilung der offenen Gesellschaft Mitglied der letzteren war[19]). Nicht aber kann diese Frage als Inzidentpunkt in der Exekutionsinstanz erledigt werden[20]).

---

17) Entscheid. des Hofgerichtes zu Darmstadt in Busch' Archiv Bd. VIII S. 177.

18) Die Motive zum preuß. Entwurfe (S. 64) heben dies ausdrücklich hervor und bezeichnen die gegentheilige Annahme als unausführbar. S. auch die Erläuterungen zu Art. 117.

19) v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. VII S. 25. Der Art. 117 des preuß. Entwurfs enthielt sogar die Bestimmung, daß während des Bestehens einer Gesellschaft die Klage gegen einen Gesellschafter nur dann zulässig sei, wenn der Anspruch gegen die Gesellschaft bereits früher gerichtlich festgestellt oder die Klage gleichzeitig gegen die Gesellschaft gerichtet ist.

20) Motive zum preuß. Entwurfe S. 64.

Art. 112.

Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.

Eine entgegenstehende Verabredung hat gegen Dritte keine rechtliche Wirkung.

Pr. Entw. Art. 91 Abs. 2. — I. Entw. Art. 111. — II. Entw. Art. 111. — Prot. S. 165 f. 1002. 1419.

I. Durch die solidarische und unbeschränkte Haft ihrer sämmtlichen einzelnen Theilhaber hat sich die offene Handelsgesellschaft seit ihrer Ausbildung im Handelsverkehre einerseits sowohl von der gewöhnlichen oder römischen Societas sowie anderseits von der stillen und Kommanditgesellschaft und von der Aktiengesellschaft unterschieden. Die Doktrin hat diese solidarische Haft in der Regel in der Weise konstruirt, daß man annahm, jeder der Gesellschafter sei Auftraggeber und Geschäftsherr (Prinzipal, dominus) und zugleich auch wieder Institor oder Prokurist seiner Mitgesellschafter. Nun haften aber schon nach römischem Rechte mehrere Prinzipale aus den Handlungen ihres gemeinsamen Institors unbeschränkt (zum Vollen) und solidarisch. Demnach würde die solidarische Haft der offenen Handelsgeschäft nur das Resultat einer Kombination des Societätsvertrages mit der Haft des Prinzipals aus der ertheilten Prokura sein [1]). Historisch läßt sich indeß die solidarische Haft der offenen Handelsgesellschaft als ein selbständiges Erzeugniß des kaufmännischen Gewohnheitsrechtes betrachten, anlehnend an das deutschrechtliche Institut der Haft zur gesammten Hand, dessen Rückwirkung in einzelnen Partikularrechten nicht blos bei der offenen Handelsgesellschaft, sondern auch bei der gewöhnlichen Societät sowie ferner auch bei der Bürgschaft noch gegenwärtig zu erkennen ist [2]).

---

[1]) Dies ist die herrschende Auffassung. Thöl §. 38. Dogmengeschichtliches über die Frage s. bei Ackermann in Busch' Archiv Bd. I S. 296; Dietzel, Römische Analogien zum heut. Handelsrecht, im Archiv f. Wechselrecht v. Tauchnitz Bd. VII S. 50; Gensel im Archiv f. praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd. I, S. 217.

[2]) Vgl. Stobbe, Beispiele für die Behandlung der offenen Handelsgesellschaft im deutschen Recht des Mittelalters, in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VIII S. 51; Beseler, System des d. Privatr. §. 128 Nr. 3; Gengler, Lehrb. des d. Privatr. S. 763. Preuß. Landr. I, 17, §. 239; I, 5, §. 424: „Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und dem-

II. Die solidarische und unbeschränkte Haft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche das Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters ergreift, besteht neben der Haft der Gesellschaft als solcher und des Gesellschaftsvermögens als solchem. Allein so lange die Gesellschaft nicht in Konkurs verfällt, ist die persönliche und solidarische Haft der einzelnen Theilhaber keineswegs eine blos subsidiäre, die Gesellschaftsgläubiger sind nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, ihre Befriedigung zuerst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, sie können vielmehr direkt und unmittelbar gegen die einzelnen Socii klagen. Nur im Falle des Gesellschaftskonkurses sind die Gläubiger zufolge der Bestimmung des Art. 122 zuvörderst auf das Gesellschaftsvermögen angewiesen und können sich dann nur wegen des Ausfalles an das Privatvermögen der Einzelnen halten. Durch diese unmittelbare Wirkung der solidarischen Haft unterscheidet sich die offene Handelsgesellschaft nach der jetzigen Gesetzgebung von der eingetragenen Genossenschaft. Das preußische Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867 (§. 11) und das an Stelle des letzteren getretene Genossenschaftsgesetz für den Norddeutschen Bund vom 4. Juli 1868 (§. 12) läßt die solidarische Haft der Genossenschafter nur als eine eventuelle und subsidiäre erscheinen, weil die Genossenschaftsgläubiger ihre Befriedigung zunächst immer aus dem Genossenschaftsvermögen suchen müssen und nur bei Insuffizienz dieses Vermögens die solidarische Haft der einzelnen Mitglieder geltend machen können. Hier ist also zunächst nur die juristische Person der Genossenschaft als Hauptschuldnerin anerkannt, und die einzelnen Mitglieder haben nur die Stellung der Bürgen. Daß eine gleiche Bestimmung auch für die offene Handelsgesellschaft gefordert worden ist, ist bereits hervorgehoben worden; in der That würde die strenge Konsequenz aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft als einem besondern Rechtssubjekte und aus der Bedeutung der Gesellschaftsfirma dazu führen [3]).

III. Die solidarische Haft der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden gilt als eine so wesentliche Grundlage der offenen Handelsgesellschaft, daß nach Abs. 2 des Artikels eine entgegenstehende Verabredung der Gesellschafter Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung hat. Diese Bestimmung bezieht sich nicht auch auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander, unter diesen findet der Regreß nach Maßgabe ihrer Betheiligung am Geschäfte oder speziell am Verluste statt, sowie nach Maßgabe des Art. 93.

---

selben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften. HGB. Art. 280, 281.

[3]) S. oben S. 80, 81, Anm. 19 und Brinckmann, Lehrbuch §. 36 Anm. 6 und §. 38 Anm. 32.

Haben aber die Gesellschafter der Bestimmung des Art. entgegen die solidarische Haft vertragsmäßig ausgeschlossen, so kann den Gesellschaftsgläubigern auch nicht die Kenntniß einer solchen Verabredung entgegengesetzt werden. Es gilt von dem Abs. 2 des Art. dasselbe, was von der gleichlautenden oder analogen Bestimmung in Art. 43 und 110 Abs. 2 gilt, die Ungiltigkeit der Verabredung ist eine absolute und die bona oder mala fides des Dritten bringt in Bezug auf dieselbe keinen Unterschied hervor. Anders würde es sich verhalten, wenn ein Gesellschafts-Gläubiger durch einen Vertrag mit einem Gesellschafter die Haft des letzteren ihm gegenüber beschränkt oder auf dieselbe verzichtet hat. Einem solchen Verzicht und pactum de non petendo steht der Art. 112 nicht entgegen.

IV. Die solidarische Haft der Gesellschafter ist nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 281 dahin zu verstehen, daß den Gesellschaftern weder die Einrede der Theilung, noch die der Vorausklage zusteht.

V. Die Solidarhaft trifft auch Denjenigen, welcher sich einem Dritten gegenüber als Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft gerirt hat. In einem solchen Falle kommen die Bestimmungen des Art. 55 analog zur Anwendung [4]).

Art. 113.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den andern Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.

Pr. Entw. Art. 89. — I. Entw. Art. 112. — II. Entw. Art. 112. — Prot. S. 279–284. 1002.

Da die Handelsgesellschaft im HGB. als eine juristische Persönlichkeit aufgefaßt ist, deren Rechte und Verbindlichkeiten auch beim Eintritte eines neuen Socius fortdauern und somit auf die Neueintretenden übergehen, so erklärt sich hieraus die Bestimmung des Art. über die Haft des neu eintretenden Gesellschafters für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten. Diese Haft, welche vor dem

---

[4]) Erk. des Handelsger. zu Hamburg vom 7. Febr. 1863, Centralorg. Bd. II S. 53 und Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Streit S. 17.

HGB. sehr bestritten war[5]), ist eine solidarische, wie die der bereits vorhandenen Gesellschafter selbst.

Auch die Haft der neu eintretenden Mitglieder gehört zu denjenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche Dritten gegenüber durch keinen entgegenstehenden Vertrag der Gesellschafter abgeändert werden können (Abs. 2 des Art.), unbeschadet der rechtlichen Verbindlichkeit solcher Verabredungen im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander.

Der Art. hebt ausdrücklich hervor, daß es keinen Unterschied mache, ob die Gesellschaftsfirma eine Aenderung erleide oder nicht; wohl aber ist immer darauf zu sehen, ob überhaupt von einem Eintritte in eine bestehende Gesellschaft die Rede ist, ob also das alte Geschäft fortbesteht, oder ob nicht vielmehr die bisherige Gesellschaft sich auflöst und eine neue gebildet wird. Auf diesen Fall bezieht sich selbstverständlich der Art. nicht. Dritten gegenüber kann eine Unklarheit über diesen Punkt kaum entstehen, weil die Auflösung und Neubildung, um Dritten gegenüber volle Wirkung zu haben, zum Handelsregister angemeldet und veröffentlicht werden muß (Art. 86, 87, 129).

Von einem Eintritte in eine bestehende Handelsgesellschaft kann ferner auch dann nicht gesprochen werden, wenn ein Einzelkaufmann, welcher bis jetzt sein Geschäft allein betrieben hat, sich mit einem anderen zu einer offenen Handelsgesellschaft associirt. In letzterem Falle kann zwar der Uebergang der Passiva auf die neuentstehende Gesellschaft nicht aus Art. 113 des HGB. hergeleitet werden, wohl aber aus der Uebernahme des bisher bestandenen Einzelgeschäftes mit den Passiven durch die neue Gesellschaft (Art. 22)[6]).

---

[5]) Vgl. Brinckmann, Lehrb. S. 166 und Tabor, Beitr. z. Erörterg. der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritte in eine Handelsfirma entstehen. Frankfurt a. M. 1826. Die letztere Schrift vertheidigte den ins HGB. aufgenommenen Satz von dem Standpunkte eines kaufmännischen Gewohnheitsrechtes.

[6]) S. die Erläuterungen zu Art. 23, Bd. I S. 194 f. und einen praktischen Fall dieser Art in dem Erk. des Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg v. 16. Febr. 1866 in Busch' Archiv Bd. IX S. 314 (Samml. des Handelsappellationsgerichtes Bd. II S. 246), in welchem erkannt wurde, daß, nachdem ein Einzelkaufmann seinen Geschäftsfreunden durch Circular angezeigt hatte, er habe zwei bisherige Mitarbeiter als Theilhaber in sein Geschäft aufgenommen, welches nun auf gemeinschaftliche Rechnung fortgeführt werde, ohne auf eine Ausscheidung der bereits vorhandenen Passiva hinzuweisen, alsdann angenommen werden müsse, daß die neu Eingetretenen die Haft für die vorhandenen Passiva übernommen hätten. — Gegen die

Art. 114.

Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten.

Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schließt, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Pr. Entw. Art. 114 Abs. 1. — I. Entw. Art. 113. — II. Entw. Art. 113. Prot. S. 192. 214. 1003. 4663—4670.

I. Die Befugnisse eines von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafters gehen weiter als die des gewöhnlichen Prokuristen, denn er kann nach Abs. 1 unseres Artikels auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke veräußern und belasten; gerade hierdurch unterscheidet sich die Vollmacht des offenen Gesellschafters von der des Prokuristen. (Vgl. Art. 42.)

Die Befugniß eines zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafters erstreckt sich auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen für die Gesellschaft, nicht blos auf solche Rechtsgeschäfte, die sich auf den Vermögenserwerb beziehen, sondern auch auf die Vornahme prozessualischer Handlungen. Art. 117.

Ausführungen Bd. I S. 194 f. s. v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. XII S. 48 und Bd. XV S. 249 f. Erschöpfender spricht sich ein späteres Erk. desselben Gerichtshofes (Nürnberg) v. 25. Febr. 1867 in Busch' Archiv Bd. XIII S. 9 dahin aus, daß, wenn der Uebergang einer Firma auf einen neuen Inhaber in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht ist, auch die Aktiva und Passiva der Firma auf den neuen Juhaber als übergegangen gelten müssen, insofern eine entgegenstehende besondere Verabredung und eine Veröffentlichung derselben an die Betheiligten nicht nachgewiesen wird. So auch Erk. des Ober-Trib. zu Berlin v. 18. Juli 1865 in Busch' Archiv Bd. VII S. 195 (und v. 14. Sept. 1866, Entscheidungen Bd. 57 S. 352.)

II. Man hat die Frage aufgeworfen, ob ein offener Handelsgesellschafter auf Grund des Art. 114, sowie des Art. 116, auch ein Kompromiß für die Gesellschaft gültig eingehen und durch Vertrag die Gesellschaft einer schiedsrichterlichen Entscheidung unterwerfen könne. Die Frage muß bejaht werden, auch für dieses Rechtsgeschäft ist eine Spezialvollmacht Seitens der übrigen Gesellschafter nicht erforderlich[1]). Diese Konsequenz aus dem Art. 114 ist für den heutigen Handelsverkehr aus dem Grunde nicht unwichtig, weil in den gedruckten Formularen der Makler-Schlußscheine an größeren Börsenplätzen (Berlin, Breslau u. a.) sich gegenwärtig sehr häufig die Bestimmung findet, daß Streitigkeiten aus Geschäften, welche nach den Bestimmungen und Bedingungen der Schlußscheine abgeschlossen werden, nicht durch die ordentlichen Gerichte, nicht einmal durch ein Handelsgericht, sondern durch ein genau bestimmtes Schiedsgericht entschieden werden sollen[2]).

III. Da ein einzelner Gesellschafter, insofern er zur Vertretung überhaupt befugt ist, die Gesellschaft nach Außen ohne Einschränkung vertritt, so muß auch dann, wenn es auf die Wissenschaft von Thatsachen Seitens der Gesellschaft Dritten gegenüber ankommt, angenommen werden, daß die Wissenschaft eines einzigen Gesellschafters genügt, diese ersetzt die Wissenschaft der Gesellschaft als solcher[3]).

IV. Zu Abs. 2. Wie beim Prokuristen und beim Handlungsbevollmächtigten (Art. 52), so kommt es auch beim offenen Handelsgesellschafter, welcher zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, nicht darauf an, ob er das Rechtsgeschäft für die Gesellschaft ausdrücklich im Namen derselben schließt, wenn nur die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten nicht für den Socius persönlich oder für einen Dritten, sondern für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Der Gebrauch der Gesellschafts-Firma ist also nicht wesentlich; bei mündlich ge-

---

[1]) Demnach ist die Bestimmung des Preuß. Landr. I, 13, §. 103 auf offene Handelsgesellschaften nicht anwendbar. Erk. des Ober.-Trib. zu Berlin vom 8. Mai 1866 im Archiv für Rechtsfälle des K. Ob.-Trib. Bd. 64 S. 117.

[2]) Breslauer Schlußschein über Spiritus auf Lieferung §. 17: „Mit Ausnahme der vorerwähnten Qualitätsstreitigkeiten und unter Verzicht auf den Weg der gerichtlichen Entscheidung werden alle aus diesem Vertrage zwischen den Kontrahenten oder deren Rechtsnachfolgern etwa entstehenden Streitigkeiten durch ein nach Maßgabe der Bestimmungen in §. 18—20 zu konstituirendes Börsen-Schiedsgericht in einer Instanz endgültig und ohne Widerrede entschieden."

[3]) Thöl, ausgew. Entscheidungsgründe des Ober-Appellger. der vier freien Städte S. 26.

schlossenen Geschäften wird die Erwähnung derselben sogar die Ausnahme bilden.

Die Frage, wann solche Umstände vorliegen, ist eine thatsächliche Frage; die Handelsgerichtspraxis bietet einzelne Beispiele, in welchen lediglich nach den begleitenden Umständen angenommen wurde, daß ein Rechtsgeschäft, welches von einem Gesellschafter nicht unter der Gesellschaftsfirma geschlossen worden war, dennoch für die letztere gelte. Wenn z. B. F. M., welcher offener Gesellschafter der Handelsgesellschaft Gebrüder M. ist, eine Bürgschaft übernommen hat, mit den Worten: „Ich stehe Ihnen dafür, daß Sie bis Anfang April befriedigt werden", so kann gleichwohl aus den begleitenden Umständen folgen, daß die Bürgschaft von der Gesellschaft Gebrüder M. übernommen ist [4]). In einem anderen Falle, in welchem die Unterschrift unter einem eigenen Wechsel lautete: „F. K., Associé von G. F. P.", nahm dagegen das Ob.-Appellgericht zu Lübeck an [5]), daß aus diesem Wechsel der Unterzeichner nur persönlich verhaftet sei, nicht aber die Handelsgesellschaft P., denn wenn letzteres beabsichtigt worden, so hätte der unterzeichnende Gesellschafter sich anderer Ausdrücke bedienen müssen, z. B. „für G. F. P." oder „als Associé" oder „in Firma G. F. P." u. s. w. Ohne einen derartigen Zusatz sei der Ausdruck Associé entweder ein bloßer Titel oder ein Mittel, den persönlichen Kredit des Unterzeichners zu verstärken, und es folge daraus nicht nothwendig die Absicht, daß das betreffende Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft abgeschlossen sein solle. In diesem Falle hätte vielleicht auch noch darauf Gewicht gelegt werden können, daß der ausgestellte Wechsel ein trockener war, der den Schluß auf ein rein persönliches Schuldverhältniß des Ausstellers zuließ [6]).

V. Wird die Eintragung von Grundstücken und dinglichen Rechten in die Hypothekenbücher auf Grund eines Rechtsgeschäftes verlangt, welches nach der Behauptung der Antragsteller für die Gesellschaft abgeschlossen ist, so kann die im Absatze 2 des Art. enthaltene Präsumtion für den Hypothekenrichter nicht ausreichen. Der Hypothekenrichter kann nicht aus den bloßen begleitenden Umständen den Schluß ziehen, daß eine Rechtshandlung für die Gesellschaft vorliege, sondern für die Eintragung in das Hypothekenbuch müssen die Rechtsgeschäfte, auf welche die Eintragung basirt werden soll, klar und bestimmt auf die Firma der Gesellschaft lauten [7]).

---

[4]) Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 483. Einen anderen s. in der Berl. Börsenzeit. 1868 Nr. 450.

[5]) Erkenntniß vom 24. Febr. 1862 in Seuffert's Archiv Bd. XX S. 251.

[6]) Vgl. auch das Erk. des Ob.-Trib. zu Berlin bei Kletke Nr. 452.

[7]) Vgl. Noack in Busch' Archiv Bd. IV S. 213.

Art. 115.

Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters nicht verpflichtet, wenn derselbe von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen (Art. 86 Ziff. 4), oder seine Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, aufgehoben ist (Art. 87), sofern hinsichtlich dieser Ausschließung oder Aufhebung die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 46 hinsichtlich des Erlöschens der Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Pr. Entw. Art. 114 Ziff. 1. — I. Entw. Art. 115 Ziff. 1. — II. Entw. Art. 114. — Prot. S. 174. 210 f. 1003 f. 4527.

Ueber die Ausschließung eines Gesellschafters von der Geschäftsführung sind die Erläuterungen zu Art. 86 Ziff. 4, zu Art. 87 und zu Art. 99 zu vergleichen. Ueber die Frage, ob sämmtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden können, s. zu Art. 86, S. 87—90 und über die im Art. 115 nicht speziell hervorgehobene Kollektivvertretung s. die Erläuterungen zu Art. 86 S. 91 f. und die Erläuterungen zu Art. 100.

Art. 116.

Eine Beschränkung des Umfangs der Befugniß eines Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung; insbesondere ist die Beschränkung nicht zuläßig, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle.

Pr. Entw. Art. 94, 114. — I. Entw. Art. 114. — II. Entw. Art. 115. — Prot. S. 174. 210 f. 1004 f. 4528. 4634—4636.

I. Der Art. gibt den Inhalt des Art. 86 Ziff. 4 wieder, aus welchem ebenfalls hervorgeht, daß andere Beschränkungen hinsichtlich der Geschäftsführung als die Anordnung einer Kollektivvertretung Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung haben. Die gesetzlichen Bestimmungen

über den Umfang der Vertretungsbefugniß sind der Abänderung durch Privatwillkür entzogen.

In dem Verhältnisse der Gesellschafter unter einander können allerdings Verabredungen getroffen werden, durch welche die Befugnisse der nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter in beliebiger Weise beschränkt werden und es kann die Nichteinhaltung dieser Beschränkungen zu Schadensersatzforderungen gegen den Gesellschafter und unter Umständen zur Auflösung der Gesellschaft Veranlassung geben, ja es liegt eine solche Beschränkung im Verhältnisse der Gesellschafter nach Innen schon in der gesetzlichen Vorschrift des Art. 103, worüber die Erläuterungen zu Art. 102 und 103 zu vergleichen sind [1]).

II. Keine rechtliche Wirkung.

Da eine beschränkte Geschäftsführung, mit alleiniger Ausnahme der Kollektivvertretung, bei den zur Vertretung befugten Gesellschaftern rechtlich gar nicht in Betracht kommen soll, so kann auf die Haftbarkeit der Gesellschaft aus den Handlungen eines solchen Socius auch die Frage keinen Einfluß üben, ob der dritte Kontrahent des Gesellschafters wußte, oder nicht wußte, daß eine derartige Beschränkung zufolge einer Verabredung unter den Gesellschaftern bestehe. Es gelten hier vielmehr in analoger Weise die bereits zu Art. 43 rücksichtlich der Prokura, sowie zu Art. 110 Abs. 2, 112 und 113 aufgestellten Sätze [2]).

Dasselbe gilt aber auch rücksichtlich der Berechtigung der Gesellschaft aus Handlungen seines nach Innen beschränkten Gesellschafters, nicht blos rücksichtlich der Verpflichtung. Will man demnach von dem Dritten, welcher eine solche unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugniß kennt, sagen, er befinde sich im bösen Glauben, wenn er gleichwohl mit dem so beschränkten Socius kontrahirt, so schadet dieser böse Glaube nichts; es genügt für den Dritten, daß die Vertretungsbefugniß an sich fest steht. Noch weniger besteht etwa eine Erkundigungspflicht des Dritten rücksichtlich der Frage, ob die Geschäftsführung eines Socius nicht etwa anderweitig beschränkt sei [3]).

Liegt also der früher nicht seltene Fall vor, daß unter den Gesellschaftern verabredet ist, kein einzelner Associé solle ohne Zustimmung der übrigen Wechselverbindlichkeiten für die Gesellschaft eingehen, so gehört eine derartige Beschränkung zu denjenigen, welche nach Art. 116 Dritten gegenüber rechtlich unwirksam sind. Selbst wenn der Dritte bei Annahme

---

[1]) S. 194 §. II, S. 195 §. V und S. 199 dieses Bandes.

[2]) Bd. I S. 333 dieses Komment.

[3]) v. Hahn Bd. I S. 292 §. 5. Thöl §. 39, a. Anm. g; Endemann 2. Aufl. §. 37 Anm. 12.

des von dem einzelnen Socius für die Gesellschaft ausgestellten Wechsels wußte, daß Jener gegen das Verbot und gegen die ihm ertheilte Instruktion handele, so ist die Gesellschaft, insofern der Dolus des Dritten nicht anderweitig bewiesen wird, aus dem Wechsel gleichwohl verhaftet [4]). Dasselbe gilt von der Beschränkung, daß ein einzelner Gesellschafter nicht auf Kredit, sondern stets nur gegen Baar kaufen soll. Im Ganzen kann man den Inhalt des Art. 116 dahin zusammenfassen, daß alle diejenigen besonderen Verabredungen der Gesellschafter über die Vertretung der Gesellschaft, welche nicht in das Handelsregister eingetragen werden können, Dritten gegenüber überhaupt keine Wirkung haben, daß also der Art. 25 in Betreff derselben nicht zur Anwendung kommt [5]).

Transitorische Ausnahmen von dieser Regel sind in einzelnen Einführungsgesetzen für solche Beschränkungen zugelassen, welche bei den bereits vor Einführung des A. D. HGB. errichteten Gesellschaften bestanden; dieselben sollten binnen einer bestimmten kurzen Frist in das Handelsregister eingetragen werden können [6]).

Art. 117.

Die Gesellschaft wird vor Gericht von jedem Gesellschafter gültig vertreten, welcher von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Pr. Entw. Art. 116. — I. Entw. Art. 117. — II. Entw. Art. 118. — Prot. S 214—216. 1005 f. 5144.

I. Die Gesellschaft wird vor Gericht nur dann von jedem von der

---

[4]) Erk. des Handelsger. zu Hamburg 20. März 1867 in der Hamburger Handelsgerichtszeitung 1868 S. 25. Es gilt hier dasselbe, was von der Haft des Prinzipals für Wechselgeschäfte des Prokuristen dann gilt, wenn dem Prokuristen das Ausstellen von Wechseln auf die Firma des Prinzipals untersagt ist und der Dritte Kenntniß von diesem Verbote hatte. Der neuere Gerichtsgebrauch nimmt in Uebereinstimmung mit der Doktrin mit Recht an, daß der Prinzipal gleichwohl aus solchen Wechseln hafte. Vgl. Berliner Börsenzeit. v. 7. Juli 1868.

[5]) Vgl. die Erläut. zu Art. 86 Abs. 4. — Ueber den Fall des Dolus des Dritten s. S. 232 dieses Bandes und Bd. I S. 333, 334 Anm. 8.

[6]) So nach dem preuß. Einf.-Ges. Art. 67, Oesterreich Art. 56, Hessen-Darmstadt Art. 47, Baden Art. 45. Nicht nach dem bayer. Einf.-Ges. Art. 38, vgl. Lutz, Komment. S. 112.

Vertretungsbefugniß nicht ausgeschlossenen Gesellschafter vertreten, wenn die Gesellschaft als solche Prozeßpartei ist. Also nicht jeder Prozeß, welchen ein Theilhaber an einer offenen Handelsgesellschaft gegen einen Dritten anstellt, und nicht jeder Prozeß, der gegen einen offenen Gesellschafter geführt wird, ist deßhalb auch schon von selbst ein Prozeß der Gesellschaft. Und ebenso sind gerichtliche Urtheile, welche gegen die Gesellschaft als solche erwirkt sind, deshalb noch nicht exekutorisch gegen die Person und das Privatvermögen der einzelnen Socien [1]), sondern es muß auf Grund des gegen die Gesellschaft ergangenen Urtheiles und auf Grund des Nachweises, daß eine bestimmte Person zur Zeit der Verurtheilung der Gesellschaft Theilhaber an derselben war, ein Urtheil gegen diesen Theilhaber speziell erwirkt werden. Hieraus erklärt sich auch die weitere Folge, daß die Feststellung einer Forderung in einem Gesellschaftskonkurse noch nicht zugleich eine Feststellung für die nebenher laufenden Konkurse über das Privatvermögen der Gesellschafter ist [2]).

II. Ueber die bei Prozeßvollmachten, welche von einem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft ausgestellt werden, zu beobachtenden Förmlichkeiten siehe die Erläuterungen zu Art. 111 [3]).

III. Vorladungen und Zustellungen.

Nicht in das Gesetzbuch aufgenommen ist die Bestimmung des preuß. Entwurfes (Art. 116), daß die Behändigung an einen Gesellschafter im Geschäftshause der Gesellschaft geschehen müsse [4]), es genügt vielmehr, wenn sie nur an einen zur Vertretung befugten Gesellschafter überhaupt geschieht, der Ort der Zustellung richtet sich nach den Prozeßgesetzen.

---

[1]) Namentlich auch nicht im Wechselprozesse. Erk. des OAGer. zu Dresden v. 6. Nov. 1863 in Busch' Archiv Bd. IV S. 393.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 111 und Erk. des Ob.-Trib. zu Berlin vom 18. Juli 1865 in Busch' Archiv Bd. VII S. 196 und Erk. des OAGer. zu Dresden v. 6. Nov. 1863 in Busch' Archiv Bd. IV S. 393.

[3]) Viel zu weit gehen die Erk. des OAGer. zu Dresden vom 4. Dez. 1863 in Busch' Archiv Bd. VIII S. 150 und v. 20. März 1865 in Tauchnitz und Siebenhaar's Archiv Bd. XIV S. 323, insofern in denselben angenommen ist, es bestehe keine Präsumtion dafür, ob ein offener Handelsgesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft und zur Ausstellung einer Prozeßvollmacht befugt sei, da ja nach Art. 86 Nr. 4 alles von der willkürlichen Vereinbarung der Gesellschafter abhänge. Vielmehr ist nur das Gegentheil richtig; sobald feststeht, daß Jemand offener Handelsgesellschafter ist, so tritt sofort die gesetzliche Präsumtion aus Art. 86 Z. 4, 87 und 115 ein.

[4]) Diese Bestimmung war dem französischen Code de proc. Art. 69 Ziff. 6 entnommen. Vgl. auch Allgem. preuß. Ger.-Ordnung Th. I Tit. 7 §. 20.

Bestritten ist die Frage, ob im Falle der Kollektivvertretung eine gerichtliche Vorladung der Gesellschaft allen Kollektivvertretern insinuirt werden muß, oder ob die Insinuation auch schon dann gültig erfolgt, wenn sie nur an einen der Kollektivvertreter geschieht. Diese Frage ist nicht mit der Prozeßführung selbst zu verwechseln; die Prozeßführung selbst muß, wenn eine Kollektivvertretung besteht, durch die Kollektivvertreter in Gemeinschaft geschehen (Prot. S. 1005), allein die gerichtlichen Insinuationen können auch in diesem Falle gültig schon an einen der Kollektivvertreter erfolgen. Zur Begründung dieser Ansicht verweisen Koch (Kommentar zu Art. 117 Anm. 51) und v. Hahn (Art. 117 §. 5) mit Recht auf die analoge Bestimmung in Art. 144 Abs. 3 über die Zustellungen an die Liquidatoren von Handelsgesellschaften. Da nach Art. 136 d. HGB. mehrere Liquidatoren immer nur als Kollektivvertreter der liquidirenden Gesellschaft zu betrachten sind, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist, so erscheint die Analogie der Bestimmung des Art. 144 Abs. 3 für die hier zu entscheidende Frage zutreffend [5]).

IV. Bestritten ist ferner die Frage, in welcher Weise die von einer Gesellschaft auszuschwörenden Eide geleistet werden sollen. Da ein Rechtsstreit der Handelsgesellschaft als solcher nicht ein Rechtsstreit der einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen (Litiskonsorten) ist, so sind auch die Grundsätze über die Eidesleistung bei Streitgenossen nicht anwendbar. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen der Zuschiebung, sowie der Annahme des Schiedseides einerseits und der Ableistung des Eides andererseits. Zuschiebung und Annahme des Eides sind Rechtshandlungen, welche von jedem firmirenden Gesellschafter gültig für die Gesellschaft vorgenommen werden können; die Ableistung des Eides dagegen stellt sich nicht ohne Weiteres als ein Rechtsgeschäft dar, zu dessen Vornahme nach Art. 114 jeder firmirende Gesellschafter befugt wäre, sondern es kommen hier die besonderen prozessualischen Grundsätze über die Eidesleistung, insbesondere über die Eidesleistung der Vertreter von Vereinen und juristischen Personen in Betracht. Nach diesen muß dem Gegner das Recht zugesprochen werden, daß er die Eidesleistung von demjenigen Gesellschafter verlangen darf, welcher die betreffende Handlung selbst vorgenom-

---

[5]) Vgl. auch allg. preuß. Ger.-Ordn. I, 8, §. 34. Anderer Meinung ist v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 32, welcher die Insinuation an einen der Kollektivvertreter nur dann für zulässig erachtet, wenn Gefahr im Verzuge ist (Art. 100 Abs. 1), und welcher das Argument aus Art. 144 Abs. 3 deshalb nicht für zureichend erklärt, weil die Kollektivvertretung bei den Liquidatoren auf gesetzlicher Bestimmung, bei den Gesellschaftern dagegen auf Vertrag beruhe.

men oder überhaupt eigene Kenntniß von derselben hat. Hat aber der Gegner zur Eidesleistung für die Gesellschaft einen bestimmten Gesellschafter gewählt, so bindet dessen Eid oder Eidesverweigerung die Gesellschaft und die übrigen Theilhaber sind zur Eidesleistung nicht anzuhalten [6]).

Die Nürnberger Protokolle ergeben über diese Frage nur so viel, daß der einzelne Gesellschafter nicht im Namen und in die Seele der übrigen schwören soll (Prot. I, 215), eine Art der Eidesleistung, welche von dem Eide für die Gesellschaft als solche verschieden ist.

Art. 118.

Die Ertheilung, sowie die Aufhebung einer Prokura geschieht mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte durch einen der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter.

Pr. Entw. fehlt. — I. Entw. fehlt. — II. Entw. Art. 116. — Prot. S. 1006 f. 4636. 5144.

I. Die Beschränkung, welche der Art. 104 für die Ernennung eines

---

[6]) Auf diesen Grundsätzen beruhen die Erk. des Hofgerichtes zu Wiesbaden (v. 1863) im Nassauischen Archiv Bd. IV S. 320 und bei Goldschmidt, Zeitschr. Bd. VIII S. 580, ferner des OAGer. zu Wiesbaden (v. 1863) im Nass. Archiv Bd. VI S. 156 und in Busch' Archiv Bd. X S. 437, des Handels-App.-Ger. zu Nürnberg v. 12. Juni 1865 und 24. Januar 1866 in der Sammlung der Entscheid. dieses Ger.-Hofes Bd. II S. 97 (Busch VII, S. 362) und S. 227. Vgl. ferner Lesse im Centralorgan 1863 S. 19. — Dagegen ist in den Erk. des Appell.-Ger. zu Zwickau v. 12. März 1864 Centralorgan N. F. Bd. II S. 38 und in dem bei Wengler, das A. D. HGB. (Leipzig 1867) S. 136 abgedruckten Erk. des Appell.-Gerichtes zu Dresden v. 12. Dez. 1865 angenommen worden, daß ein der Gesellschaft zuerkannter Eid von allen Gesellschaftern abgeleistet werden müsse, weil nur die Gesammtheit der letzteren das berechtigte Subjekt bilde und dominus litis sei; wenn also der Eid von einigen Gesellschaftern geleistet, von anderen aber nicht geleistet werde, so sei die Eidesleistung für die Gesellschaft als nicht erfolgt anzusehen. Diese mehr oder weniger romanistische Auffassung der Handelsgesellschaft ist wohl lediglich auf ältere Reminiscenzen zurückzuführen, sicher ist, daß sie den Bestimmungen des HGB. nicht entspricht; denn sie verwechselt die Gesellschaft als besonderes und vertretbares Rechtssubjekt mit den Individuen der einzelnen Gesellschafter.

Prokuristen aufstellt, gilt nur im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander, nicht auch Dritten gegenüber. Dritten gegenüber muß im Interesse der Sicherheit des Verkehres jeder zur Vertretung befugte Gesellschafter auch für befugt gelten, einen Prokuristen für die Gesellschaft zu bestellen; es ergibt sich dies schon als Konsequenz aus Art. 114 und 116. Den Dritten, welcher mit einem Gesellschaftsprokuristen kontrahirt, trifft also keine Erkundigungspflicht in Bezug auf die Frage, ob die Prokura mit oder ohne Beobachtung der im Art. 104 vorgeschriebenen Einstimmigkeit der geschäftsführenden Socii ertheilt sei oder ob Gefahr im Verzuge vorgelegen habe, und ebensowenig kommt es auf das Wissen oder Nichtwissen dieser Umstände Seitens des Dritten an, genug, daß die Prokura von einem zur Vertretung befugten Gesellschafter ausgestellt ist.

II. Ueber die Folgen der Uebertretung der in Art. 104 enthaltenen Vorschriften, ferner über die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten sowie über die Bestellung eines Prokuristen Seitens einer eingetragenen Genossenschaft s. die Erläuterungen zu Art. 104 §. I und II über die Frage, ob ein offener Handelsgesellschafter zum Prokuristen seiner eigenen Gesellschaft bestellt werden kann, s. d. Erläuterungen zu Art. 101 §. V und zu Art. 104. (S. 205 Anm. 9 und S. 207 §. III.)

III. Bestritten ist die Frage, ob die Ertheilung und Aufhebung einer Prokura Dritten gegenüber von einem einzelnen Gesellschafter auch in dem Falle wirksam erfolgen kann, wenn Kollektivvertretung besteht. Wendet man die Art. 100 und 104 hier ohne Einschränkung an, so würde man zu dem Ergebnisse gelangen, daß sowohl die Ertheilung als die Aufhebung der Prokura gültig nur durch die Kollektivvertreter in Gemeinschaft erfolgen könne, nicht durch einen von ihnen allein, außer wenn Gefahr im Verzuge ist [1]). Allein, was zunächst den Widerruf der Prokura betrifft, so ist die Spezialbestimmung des Art. 118, daß der Widerruf durch e i n e n zur Vertretung befugten Gesellschafter erfolgen kann, schon mit Rücksicht auf die analoge Bestimmung im Art. 104 Abs. 2, wörtlich zu verstehen, wozu noch die weitere Erwägung tritt, daß in dem Rechte zum Widerrufe das einzige wirksame Schutzmittel der einzelnen Gesellschafter gegen die mit der Prokura verbundene Verantwortlichkeit liegt. Ein firmirender Gesellschafter hat dieses Recht des Widerrufes ohne Rücksicht darauf, ob er sonst durch eine Kollektivvertretung beschränkt ist. Dasselbe gilt aber auch von der Ertheilung der Prokura; die Art. 100 und 104 stehen in dieser Beziehung nicht entgegen, weil sie sich auf das Ver-

---

[1]) So v. Hahn Bd. I S. 295, 296. A. M. v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 36—39.

hältniß der Gesellschafter untereinander beziehen, der Art. 118 gibt die entscheidende Norm für die Rechtsbeständigkeit der Prokura Dritten gegenüber. Dritten gegenüber soll die Prokura schon dann gültig ertheilt sein, wenn sie von einem der firmirenden Gesellschafter ertheilt ist, ohne Rücksicht auf die in den Art. 100 und 104 enthaltenen Beschränkungen.

Art. 119.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Antheil an denselben zum Behuf ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur Dasjenige sein, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.

Pr. Entw. Art. 88 Abs. 2, 939 Abs. 1 und 2. — I. Entw. fehlt. — II. Entw. fehlt. — Prot. S. 161. 279. 1027. 1133–1144. 4520—4527. 4638 f.

I. Die Art. 119—122, welche über die Rechte der Gesellschaftsgläubiger handeln, sind erst in der dritten Lesung auf Antrag Preußens aufgenommen worden, nachdem in den beiden ersten Lesungen vielfache Erörterungen über diese Punkte vorhergegangen waren [1]).

II. Die Bestimmungen des Art. sind eine Konsequenz aus dem Grundsatze, daß das Vermögen der Gesellschaft kein gewöhnliches Miteigenthum der Gesellschafter darstellt, sondern daß dasselbe einem von den Personen der Gesellschafter verschiedenen Rechtssubjekte zusteht (Art. 111 und 91). Die einzelnen Gesellschafter haben am Gesellschaftsvermögen nur einen Rechnungsantheil bei der künftigen Auseinandersetzung. Demnach haftet dasselbe den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter nicht unmittelbar, sondern sie können nur dasjenige in Anspruch nehmen, was ihren Schuldnern nach Befriedigung der sämmtlichen Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen zufällt, also nach Auflösung der Gesellschaft diejenigen Vermögensstücke, welche als ausgeschiedene Antheile aus dem Gesellschaftsvermögen dem einzelnen Gesellschafter bei der Aus-

---

[1]) Vgl. v. Hahn I S. 274—276 und über die dritte Lesung Prot. S. 4520 f., 4638 f. und die Zusammenstellung der Erinnerungen S. 22.

einandersetzung überwiesen worden sind, und so lange die Gesellschaft besteht, nur dasjenige, was der einzelne Gesellschafter an Zinsen (Art. 106) und an Gewinnantheilen (Art. 109) von der Gesellschaft zu fordern hat. Die Ansprüche des Gesellschafters hierauf gehören zum Privatvermögen desselben und wie der Gesellschafter diese Ansprüche einem Dritten cediren darf (Art. 98), so können sich die Privatgläubiger auch im Wege der gerichtlichen Beschlagnahme an diese Vermögensobjekte ihres Schuldners halten (durch Arrest oder erzwungene Cession), und die Auszahlung an den Gesellschafter verhindern.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters während bestehender Gesellschaft die Exekution (gerichtliche Einweisung) in das Guthaben erwirkt, welches dem Gesellschafter bei der dereinstigen Auflösung der Societät zukommen wird, und ist die Exekution in das sonstige Privatvermögen des Gesellschafters vorhergegangen, aber fruchtlos ausgefallen, so ist der Privatgläubiger nach Art. 126 berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen und zur Auflösung zu bringen.

Der Privatgläubiger, welcher sich im gerichtlichen Wege in die Gewinnantheile und Zinsbezüge eines Gesellschafters hat einweisen lassen, steht dem Cessionar gleich, welchem ein Gesellschafter diese Ansprüche und Antheile vertragsmäßig ganz oder theilweise abgetreten hat (Art. 98 Abs. 2), insbesondere gilt auch hier die Bestimmung des Art. 98, wonach einem solchen Cessionar kein Recht auf Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft zusteht. Wohl aber können die Privatgläubiger nach erfolgter Beschlagnahme von dem Gesellschafter und Schuldner die nöthigen Aufschlüsse und Nachweisungen über die in Beschlag genommenen Ansprüche und Antheile verlangen, sowie die Herausgabe der zur weiteren Verfolgung derselben erforderlichen und im Besitze des Gesellschafters befindlichen Beweismittel, namentlich der jährlichen Bilanzen, alles jedoch unter dem Vorbehalte, daß der Gesellschafter seine Verpflichtungen gegen die Gesellschaft dadurch nicht verletzt [2]).

---

[2]) S. die Ausführungen zu Art. 99 (§. III) S. 178 und 179 dieses Bandes. In einem von dem obersten Gerichtshofe in Wien entschiedenen Falle (1868) wurde jedoch erkannt, daß der Privatgläubiger die Vorlegung derjenigen Handlungsbücher zu fordern berechtigt sei, in welchen die Einlage und der Gewinnantheil des Schuldners verbucht sind, aber es wurde mit der Einsicht der Bücher der mit der Exekution beauftragte Amtsdiener betraut. Das Richtige ist wohl, daß auch bei dieser Arrestanlage die prozessualischen Vorschriften über die Arrestanlage überhaupt zur Anwendung kommen, vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 99 des HGB., vgl. das treffliche Erk. des OAGer. zu Lübeck aus älterer Zeit (17. Okt. 1826) in Seuffert's Archiv Bd. XIV S. 113.

III. Aus dem Art. folgt zugleich, daß der Eintritt eines neuen Socius in eine Handelsgesellschaft zugleich auch eine erhebliche Rückwirkung auf die Rechte der bisherigen Gläubiger des neu Eintretenden ausübt. Denn der Art. 119 unterscheidet durchaus nicht zwischen solchen Privatgläubigern eines Gesellschafters, deren Forderungen aus der Zeit vor oder aber nach dem Eintritte des Schuldners in die Gesellschaft datiren. Nur wenn den Gläubigern dingliche Ansprüche und Rechte zustehen, also namentlich Pfandrechte, werden die dinglichen Rechte und Ansprüche, die zur Zeit des Eintrittes des Gesellschafters oder des Einbringens in die Gesellschaft am Vermögen des Gesellschafters bestanden haben, durch den Eintritt des Schuldners oder durch die Einwerfung des bezüglichen Gegenstandes in die Gesellschaft nicht berührt (Art. 120).

Hinsichtlich der persönlichen Forderungen dagegen kommt der Zeitpunkt ihrer Entstehung dem Art. 119 gegenüber nicht in Betracht; die chirographarischen Gläubiger eines neu eintretenden Socius können demnach hinsichtlich der Sicherheit ihrer Forderungen durch den Eintritt ihres Schuldners in eine offene Handelsgesellschaft benachtheiligt werden. Allein der Schuldner kann die Sicherheit seiner Gläubiger auch auf andere Weise vermindern, indem er neue Verbindlichkeiten eingeht oder sein Vermögen durch Veräußerungen vermindert. Die Gläubiger können solche Veräußerungen nur dann anfechten, wenn sich der Fall zur Anstellung der Actio Pauliana eignet, und nur unter derselben Voraussetzung werden die Gläubiger auch die Einwerfung von Vermögensgegenständen ihres Schuldners in eine Handelsgesellschaft anfechten können[3]). Durch den Eintritt des Schuldners in eine Handelsgesellschaft werden aber die Privatgläubiger desselben zunächst gar nicht an der Befriedigung aus dem gesammten Vermögen des Schuldners verhindert, da sie ja nach Art. 126 die Gesellschaft nöthigenfalls zur Auflösung bringen können.

Art. 120.

Die Bestimmung des vorigen Artikels gilt auch in Betreff der Privatgläubiger, zu deren Gunsten eine Hypothek oder ein Pfandrecht an dem Vermögen eines Gesellschafters kraft des Gesetzes oder aus einem anderen Rechtsgrunde besteht. Ihre Hypothek oder ihr Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forde-

---

[3]) Vgl. v. Hahn S. 298 und das in der Anm. 2 a. Erk. des OAGer. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. XIV S. 113. S. auch unten Seite 259 §. III.

rungen und Rechte oder auf einen Antheil an denselben, sondern nur auf Dasjenige, was in dem letzten Satze des vorigen Artikels bezeichnet ist.

Jedoch werden die Rechte, welche an den von einem Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft eingebrachten Gegenständen bereits zur Zeit des Einbringens bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

Pr. Entw. fehlt. — I. und II. Entw. fehlt. — Prot. S. 1027. 1133—1144. 4520—4527. 4638 f.

I. Auch die Bestimmungen dieses Artikels sind nur Folgerungen aus der vermögensrechtlichen Selbständigkeit der Handelsgesellschaft. Wenn ein einzelner Gesellschafter eine Hypothek oder ein anderes Pfandrecht an seinem Vermögen bestellt, oder wenn ein Gläubiger kraft Gesetzes oder kraft gerichtlichen Urtheiles ein Pfandrecht an dem Vermögen eines einzelnen Gesellschafters erwirbt, so kann dieses Pfandrecht sich nicht auf diejenigen Gegenstände erstrecken, welche zum Vermögen der Handelsgesellschaft gehören, an der der Schuldner Theilhaber ist, und zwar weder auf das ganze Gesellschaftsvermögen, noch auf einen Theil desselben. Denn der einzelne Gesellschafter besitzt überhaupt keinen frei verfügbaren Eigenthumsantheil am Gesellschaftsvermögen, sondern nur einen Anspruch auf dasjenige, was ihm bei Auflösung der Gesellschaft oder bei seinem Austritte rechnungsmäßig zukommen wird (Art. 119). Das Vermögen der Handelsgesellschaft steht im Alleineigenthume der letzteren als eines besonderen und von den einzelnen Theilhabern verschiedenen Rechtssubjektes, und nur Namens der Gesellschaft, also der Regel nach nur unter der Gesellschaftsfirma kann ein Pfandrecht am Societätsvermögen gültig bestellt werden. Und so wenig ein gerichtliches Urtheil, welches nur gegen einen einzelnen Gesellschafter, nicht aber gegen die Gesellschaft als solche unter deren Firma erwirkt ist, gegen die Gesellschaft und deren Vermögen vollstreckbar ist [1]), so wenig kann aus einem solchen Urtheile, so lange die Gesellschaft besteht, ein gerichtliches Pfandrecht am Gesellschaftsvermögen oder an einem Theile desselben hergeleitet werden, sondern das gerichtliche Pfandrecht kann nur diejenigen Vermögensobjekte erfassen, welche aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privateigenthum des Gesellschafters übergegangen sind oder noch übergehen werden [2]).

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 111 S. 239 und zu Art. 117 f. S. 251.

[2]) Es ist selbstverständlich, daß alles dasjenige, was in dieser Beziehung von der offenen Handelsgesellschaft gilt, auch von den eingetragenen Genossenschaften gilt. Genossenschaftsgesetz für den Norddeutschen Bund §. 13.

II. Alles dieses bezieht sich jedoch nicht auf solche Pfandrechte und andere dingliche Rechte, welche ein Gesellschafter an einem zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstande bestellt hat, bevor er denselben in die Gesellschaft einbrachte. Die eingebrachten Gegenstände gehen in das Gesellschaftsvermögen nur über mit allen darauf haftenden dinglichen Lasten. Allein die Hypothek, sowie etwaige andere dingliche Lasten müssen zu dem angegebenen Zeitpunkte bereits mit rechtlicher Wirkung Dritten gegenüber bestanden haben. Ob dies der Fall, ist wenigstens rücksichtlich der dinglichen Rechte an Immobilien eine Frage des Civilrechtes, nicht des Handelsrechtes; anders würde es rücksichtlich der Pfand- und Retentionsrechte an Mobilien sein, wenn die Fälle der Art. 306—309 und 312 bis 316 vorliegen.

Wenn demnach ein Gesellschafter ein ihm gehörendes Grundstück in die Gesellschaft einbringt, nachdem er einem seiner Privatgläubiger eine Hypothek an demselben bestellt hatte, ohne daß jedoch auch die Eintragung der Hypothek im Hypothekenbuche bereits erfolgt ist, so besitzt der Privatgläubiger zur Zeit nur einen Rechtstitel zur Erlangung der Hypothek und die Möglichkeit der Eintragung der letzteren hängt davon ab, ob das Grundstück im Grund- und Hypothekenbuche bereits auf die Firma der Gesellschaft übertragen ist, ob also die Berichtigung des Besitztitels auf die Gesellschaftsfirma erfolgt ist oder nicht. Im letzteren Falle kann die vom Gesellschafter bestellte Hypothek regelmäßig noch eingetragen werden, und wenn die Eintragung dann noch rechtzeitig erfolgt ist, so besteht die Hypothek auch der Gesellschaft gegenüber zu Recht [3]). Im ersteren Falle dagegen kann die Eintragung der Hypothek regelmäßig nicht mehr erfolgen und die Hypothek besteht der Gesellschaft gegenüber nicht; denn ein dingliches, gegen Dritte wirkendes Recht hat der Gläubiger nicht, weil er noch nicht eingetragen ist, und die Eintragung kann er jetzt nicht mehr fordern, weil sein Rechtstitel nicht gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen einen einzelnen Gesellschafter lautet.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß bei der Frage, ob die Hypothek bereits bestanden hat oder nicht, sowie bei der Frage, ob die Hypothek noch eingetragen werden kann, nicht das Datum der Errichtung der Gesellschaft und auch nicht dasjenige der Einwerfung des Grundstückes in die Gesellschaft entscheidet, sondern der Inhalt des Hypothekenbuches und namentlich die geschehene Umschreibung des Grundstückes im Hypothekenbuche auf die Gesellschaftsfirma [4]).

III. Die Privatgläubiger eines Gesellschafters können sich gegen die

---

[3]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 91 §. IV S. 129 f.

[4]) Vgl. Noack in Busch' Archiv Bd. IV S. 209.

Gefahr, daß sie durch das Einwerfen von Vermögensgegenständen ihres Schuldners an die Gesellschaft benachtheiligt werden, durch die verschiedenen Mittel schützen, welche die Hypothekengesetzgebung der einzelnen Länder in ähnlichen Fällen zum Schutze der Gläubiger gegen drohende Veräußerungen ihres Schuldners aufstellen. Sie können sich nicht blos durch eine beschleunigte und rechtzeitige Eintragung der Hypothek, sondern auch durch rechtzeitige Eintragung von Protestationen schützen. Führen diese Wege nicht zum Ziele, so bleibt den Privatgläubigern lediglich die Exekution in das Privatvermögen des Schuldners (Art. 119), und wenn auch diese fruchtlos bleibt, so können sie von dem Rechte aus Art. 126 Gebrauch machen und die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, wobei jedoch festzuhalten ist, daß ein von einem Gesellschafter eingebrachtes Grundstück nur ausnahmsweise in Natur an ihn zurückfallen kann, da nach Art. 143 und 137 Abs. 2 die Gesellschafter nur den Werth ihrer Einlagen zu beanspruchen haben.

IV. Nur die dinglichen Rechte, welche vor dem Einbringen eines Gegenstandes in die Gesellschaft an demselben bestanden haben, dauern auch nachher noch fort [5]). Es ist deshalb in zweifelhaften Fällen eine genaue Unterscheidung nöthig, ob eine vielleicht privilegirte Forderung eines Gläubigers eine hypothekarische, eine dinglich privilegirte oder nur eine persönlich privilegirte ist.

Rücksichtlich der s. g. Privilegien des französischen Rechtes (Code civil L. III Tit. 18 des privilèges et hypothèques) wurde in den Berathungen der Nürnberger Konferenz anerkannt, daß es Sache der Einführungsgesetze sein werde, beizufügen, daß dasjenige, was in diesen Artikeln von Pfandrechten und Hypotheken bestimmt sei, auch von jenen s. g. Privilegien gelte. Dagegen hat sich die Konferenz nicht auch über die s. g. privilegia exigendi des gemeinen Rechtes ausgesprochen, diese Fragen sind überhaupt nicht nach Handelsrecht, sondern nach dem Civilrechte jedes Landes zu entscheiden [6]).

---

[5]) Unter den im 2. Absatze des Art. erwähnten Rechten sind zunächst die im 1. Abs. erwähnten Rechte, Hypotheken oder andere Pfandrechte zu verstehen (Prot. S. 4524).

[6]) Ueber das Vorzugsrecht der Ehefrau wegen der Illaten am Vermögen des Ehemannes, wenn derselbe offener Handelsgesellschafter ist, s. Auerbach' I S. 5 und Erk. des OAGer. zu Dresden v. 8. Nov. 1864 in Busch Archiv Bd. VIII S. 48, s. aber auch Bremisches Einf.-Ges. §. 16. — Ueber das Privileg der Forderungen Mindrjähriger im Konkurse nach sächs. Rechte s. Erk. des OAGer. zu Dresden v. 23. März 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 439.

Art. 121.

Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch theilweise statt; nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.

Pr. Entw. fehlt. — I. und II. Entw. fehlt. — Prot. S. 1027. 1133—1144 4520—4527. 4638 f.

I. Die Forderungen, welche der Gesellschaft ihren Schuldnern gegenüber zustehen, gehören nicht zum Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, sie sind nicht Aktiva dieser letzteren, sondern, so lange die Gesellschaft besteht und eine Vertheilung und Ueberweisung des Gesellschaftsvermögens an die einzelnen Mitglieder nicht stattgefunden hat, lediglich Aktiva eines von der Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter verschiedenen Rechtssubjektes. Hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit einer Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und solchen Forderungen, welche dem Gesellschaftsschuldner seinerseits gegen einen oder mehrere einzelne Mitglieder der Gesellschaft zustehen. Eine solche Kompensation und Aufrechnung würde aus dem Societätskreise, in welchem sich das wechselseitige Verhältniß zwischen Gesellschaftsschuldner und Gesellschaft bewegt, heraustreten, die Gesellschaft ist nicht identisch mit dem einzelnen Gesellschafter [1]).

Die Unzulässigkeit der Kompensation ist dahin zu verstehen, daß die Gesellschaft, wenn sie gegen ihren Schuldner klagt, nicht verpflichtet ist und nicht gezwungen werden kann, sich auf eine solche Kompensation einzulassen.

II. Die Kompensation kann weder gegen die ganze Forderung der Gesellschaft erfolgen, noch darf der Gesellschaftsschuldner etwa gegen denjenigen Theil der Forderungen kompensiren, welcher dem einzelnen Gesellschafter an derselben zusteht. Das Letztere nicht, weil die Gesellschaftsforderungen keineswegs den einzelnen Gesellschaftern pro rata zustehen,

---

[1]) Schon Baldus zu L. 9 C. de compens. sagt: Compensatio non procedit, quia corpus societatis agit, non ille tanquam singularis persona, et ideo quod debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis. Vgl. Dernburg, Kompensation §. 52 (2. Auflage).

der Rechtssatz Nomina ipso jure sunt divisa kommt weder bei den Aktiven noch bei den Passiven der Handelsgesellschaft zur Anwendung.

III. Ueberweisung nach Auflösung der Gesellschaft.

Wird die Gesellschaft aufgelöst und wird die Gesellschaftsforderung einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen, so steht die Forderung nicht mehr einem von der Person des einzelnen Gesellschafters verschiedenen Rechtssubjekte zu, sondern sie ist dann eine Forderung dieses Gesellschafters oder vielmehr des früheren Gesellschafters, da die Gesellschaft nicht mehr besteht. Alsdann ist die Kompensation mit Privatforderungen, welche der Gesellschaftsschuldner gegen den nunmehrigen Cessionar oder Indossatar der Gesellschaft aus Privatgeschäften hat, zulässig. Der Gesellschafter als Cessionar oder Indossatar kann die Kompensation nicht mehr zurückweisen; die ehemalige Gesellschaftsforderung ist in sein Privat- und Sondervermögen übergegangen, der ehemalige Gesellschaftsschuldner ist Privatschuldner des Cessionars geworden und dem ersteren gegenüber vereinigt alsdann der Cessionar, wenn er Schuldner jenes ist, die Eigenschaft als Gläubiger und Schuldner in einer Person.

IV. Ueberweisung von Gesellschaftsforderungen während bestehender Gesellschaft.

Dasselbe, was von der Ueberweisung einer Gesellschaftsforderung nach Auflösung der Gesellschaft gilt, muß aber auch in dem Falle gelten, wenn eine Gesellschaftsforderung während Bestehens der Gesellschaft an einen oder mehrere einzelne Gesellschafter übertragen (cedirt oder indossirt) wird. Denn auch in diesem Falle wird die Forderung in aller Form Rechtens zu einer Privat- und persönlichen Forderung des einzelnen Gesellschafters als Cessionar, sie gehört von nun ab zum Privat- und Sondervermögen des Gesellschafters, und der Gesellschaftsschuldner darf nun dem für seine Privatrechnung klagenden Gesellschafter gegenüber diejenigen Privatforderungen zur Aufrechnung und Kompensation bringen, welche er seinerseits gegen den Kläger hat [2]).

---

[2]) Derartige Uebertragungen während bestehender Gesellschaft kommen bei Handelsgesellschaften besonders dann häufig vor, wenn einer der Gesellschafter zugleich ein selbstständiges Handelsgewerbe für sich betreibt. Aus einem solchen Nebeneinanderbestehen zweier kaufmännischer Etablissements, die gleichwohl verschiedenen Rechtssubjekten gehören, kann sich ein lebhafter wechselseitiger Verkehr bilden. Beide Firmen können sich Forderungen gegen Dritte cediren und namentlich sich gegenseitig Wechsel giriren. Wenn der Kaufmann Baumann unter der Firma F. G. Baumann ein Bankgeschäft betreibt, während er zugleich Associé der Handelsgesellschaft Melzer und Baumann ist, so können ihm alle Forderungen der Handelsgesellschaft für

V. Verzicht eines Gesellschafters auf seinen Antheil an der Forderung.

Wenn die der Gesellschaft zustehenden Forderungen nicht gemeinschaftliche Forderungen der einzelnen Gesellschafter pro rata sind, so folgt hieraus auch, daß ein einzelner Gesellschafter dem Societätsschuldner seinen angeblichen Antheil an der Forderung der Societät nicht wirksam erlassen kann [3]). Denn einen solchen Antheil, über welchen er frei disponiren könnte, erhält der Gesellschafter erst nach geschehener Ueberweisung der Gesellschaftsforderung an ihn, namentlich bei der Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft. Alles dieses gilt jedoch nur von dem Falle, wenn der Verzicht auf den Antheil an der Societätsforderung Seitens eines Gesellschafters wirklich nur die Bedeutung eines Verzichtes auf ein dem Gesellschafter angeblich zustehendes, zu seinem Privatvermögen zustehendes Sonderrecht hat. Bei einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann der Verzicht überhaupt nur diese Bedeutung haben, es sei denn, daß ein solcher Gesellschafter kraft eines ihm ertheilten Spezial-Auftrages Namens der Gesellschaft gehandelt hatte. Dergleichen separate Verzichte und Erlasse braucht also die Gesellschaft nicht gegen sich gelten zu lassen, so wenig wie separate Kompensationen.

Anders dagegen, wenn ein Gesellschafter in seiner Eigenschaft als firmirender Socius dem Gesellschaftsschuldner die Schuld theilweise erläßt; ein solcher Verzicht oder Erlaß, mag er auf einen Theil der Schuld oder auf das Ganze gehen, bindet die Gesellschaft, da Dritten gegenüber der firmirende Gesellschafter zu allen Arten von Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft befugt ist (Art. 114), vorbehaltlich der Verantwortlichkeit und Regreßpflicht gegen die Mitgesellschafter.

VI. Wird ein zur Vertretung befugter Gesellschafter von einem Gläubiger persönlich verklagt, sei es aus einer reinen Privatschuld, sei es aus einer Gesellschaftsschuld, indem im letzteren Falle der Gesellschaftsgläubiger von der solidarischen Haft der Einzelnen Gebrauch macht und sich an den Gesellschafter persönlich hält, so kann der verklagte Gesellschafter mit Forderungen kompensiren, die die Gesellschaft gegen den Kläger hat. Denn nach Art. 114 und 117 ist der firmirende Gesellschafter zu allen Rechts- und Prozeß-Handlungen Namens der Gesellschaft ermächtigt; er bedarf keiner Spezialvollmacht, er ist befugt, über die Aktiva und Forderungen der Gesellschaft zu disponiren, er kann eine Gesellschaftsforderung

---

seine eigene Rechnung übertragen werden, und beide Handlungen können sich in dieser Weise Dritten gegenüber Deckung verschaffen.

[3]) Die Fälle eines solchen theilweisen Verzichtes können allerdings verschieden liegen; vgl. das Badische Erk. in Busch' Archiv Bd. X S. 473.

sich selbst überweisen und sie so zur Kompensation bringen, dazu ist er legitimirt[4]). Der Gesellschafter würde in einem solchen Falle das etwaige Verbot dadurch umgehen können, daß er vorher Gesellschaftsforderungen Namens der Firma förmlich an sich selbst cedirt und sie alsdann zur Kompensation benützt.

Selbstverständlich wird aber in einem solchen Falle der Gesellschafter gegen die Gesellschaft ersatzpflichtig, denn zunächst hat er über die Gesellschaftsforderung zu seinem eigenen Nutzen disponirt, obgleich auch die Gesellschaft unter Umständen Vortheil davon haben kann, daß sie statt eines vielleicht unsicheren Schuldners jetzt den Gesellschafter zum Schuldner hat.

Der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter würde hingegen nur ex jure cesso kompensiren können, da er über die Aktiva der Gesellschaft nicht disponiren kann; die Gesellschaftsforderung kann er nur dann zur Kompensation bringen, wenn sie ihm durch einen firmirenden Socius cedirt ist, nur dann erscheint die Kompensation nicht mehr als eine Kompensation alieno nomine[5]).

VII. So wenig ein Gesellschaftsschuldner eine Privatforderung gegen einen der Gesellschafter zur Kompensation benutzen kann, wenn er Namens der Firma verklagt wird, so wenig kann umgekehrt die verklagte Gesellschaft Privatforderungen einzelner Gesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber zur Kompensation bringen, sondern dies nur dann, wenn der Gesellschafter seine Forderung an die Gesellschaft überwiesen hat[6]). Denn alsdann ist sie eine eigene Forderung der Gesellschaft geworden.

VIII. Klagt ein Gesellschafter eine Privatforderung gegen einen

---

[4]) Dernburg a. a. O. S. 447, der jedoch die Befugniß davon abhängig macht, ob die Kompensation im Interesse der Gesellschaft liegt. Allein diese Frage berührt lediglich das Verhältniß des Gesellschafters nach Innen, nicht das Verhältniß Dritten gegenüber; Dritten gegenüber ist seine Dispositionsbefugniß eine uneingeschränkte (Art. 116), außer im Falle der Kollektivvertretung.

[5]) Für die Zulässigkeit solcher Kompensationen Seitens eines nicht firmirenden Gesellschafters wird geltend gemacht, daß auch dieser Gesellschafter alle einer Gesellschaftsschuld inhärirenden Exzeptionen zu seiner Vertheidigung vorschützen könne. Dabei wird aber doch gleichzeitig zugegeben, daß die Entscheidung über die Kompensationseinrede in diesem Falle keine Rechtskraft gegen die Gesellschaft haben kann, daß vielmehr hierzu die Theilnahme eines firmirenden Gesellschafters am Prozesse gehöre (Adcitation, Litisdenunciation). Dernburg a. a. O. S. 448.

[6]) Dernburg a. a. O. S. 447.

Schuldner ein, der gleichzeitig Gläubiger der Gesellschaft ist, so kann der Verklagte seine Forderung gegen die Gesellschaft um deswillen zur Kompensation benutzen, weil diese Forderung ihm nicht blos gegen die juristische Person der Gesellschaft, sondern wegen der solidarischen Haft zugleich auch gegen die einzelnen Gesellschafter zusteht. Gläubiger und Schuldner treffen hier also in der Person des Klägers zusammen.

Dies ist jedoch nur so lange ohne Einschränkung zulässig, als nicht der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Denn nach der Konkurseröffnung tritt die Separation des Gesellschaftsvermögens und des Privatvermögens ein (Art. 122); die Gesellschaftsgläubiger sollen sich an das Privatvermögen nur wegen des Ausfalles ihrer Forderungen halten können, nicht für den ganzen Betrag derselben, und diese Einschränkung muß auch von der Kompensation gelten, mittelst welcher sich ein Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters bezahlt machen will [7]). Bei den eingetragenen Genossenschaften gilt diese Einschränkung in Folge der blos subsidiären Haft der einzelnen Mitglieder ganz allgemein, denn die Forderung gegen die Genossenschaft wird zu einer solidarischen Privatschuld der einzelnen Mitglieder erst dann und nur insoweit, als nach eröffnetem Konkurse über die Genossenschaft die Gläubiger einen Ausfall erlitten haben, oder wenn die Eröffnung des Konkurses nicht erfolgen kann [8]). Vorher kann demnach ein Gläubiger der Genossenschaft, der von einem Genossenschafter aus einer Privatforderung verklagt wird, seine Forderung gegen die Genossenschaft nicht zur Kompensation bringen, denn der Kläger ist zur Zeit noch nicht persönlicher Schuldner jenes Gläubigers.

Art. 122.

Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt, und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles ihre Befriedigung suchen; den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, ob und wie weit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein

---

7) Auch hier hat das Richtige Dernburg a. a. O. S. 447.

8) Genossenschaftsgesetz für den Norddeutsch. Bund §. 12. S. oben S. 242.

Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.

Pr. Entw. Art. 935. 936. — I. u. II. Entw. fehlt. — Prot. S. 4520—4527. 4639.

I. Konkurs der Gesellschaft.

Die selbständige Existenz der Handelsgesellschaft, ihre rechtliche Verschiedenheit von der vermögensrechtlichen Persönlichkeit der einzelnen Theilhaber, die selbstständige Bedeutung des Gesellschaftsvermögens (Art. 111), sowie der Gesellschaftsforderungen und der Gesellschaftsschulden mußten mit innerer Nothwendigkeit zu der Annahme eines besonderen Gesellschafts-Konkurses führen, welcher mit dem Konkurse über das Vermögen der einzelnen Gesellschafter nicht identisch ist [1]).

Nachdem die Eröffnung eines selbstständigen Konkurses der Handelsgesellschaft bereits im französischen und rheinischen Handelsrechte anerkannt und zugelassen war [2]), war dasselbe auch in der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 geschehen durch die Aufnahme eines besonderen Abschnittes über den Konkurs der Handelsgesellschaften [3]).

Das ältere Handels- und Prozeßrecht war in dieser Hinsicht auf halbem Wege stehen geblieben. Auch dann nemlich, wenn man einen besonderen Gesellschaftskonkurs nicht zuließ, sprach man doch direkt oder indirekt von einem Separationsrechte der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen, man gestand zu, daß, wenn über das Vermögen von Handelsgesellschaftern der Konkurs eröffnet wurde, die Societätsgläubiger befugt seien, zuerst ihre abgesonderte Befriedigung aus dem Societätsvermögen zu verlangen, und daß nur die Antheile der Gesellschafter an dem etwa verbleibenden reinen Ueberschusse vom Societätsvermögen an die Konkursmassen herauszugeben seien [4]).

---

[1]) Vgl. Lutz, Kommentar zu Art. 43 des bayer. Einf.-Gesetzes S. 127. Der Art. 43 des bayer. Einf.-Gesetzes enthält den auch anderweitig richtigen Zusatz: „Der Konkurs kann auch nach Auflösung der Gesellschaft eröffnet werden, soferne die Liquidation und Vertheilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht erfolgt ist."

[2]) Code de comm. Art. 440, 452, 587; diesen Artikeln entsprechen die Art. 438, 458, 586 der neuen Redaktion. (Franz.) Ges. v. 28. Mai 1838.)

[3]) Preuß. Konkursordnung v. 8. Mai 1855 §. 286 f.

[4]) Die Beispiele und Zeugnisse für diese ältere Auffassung sind sehr zahlreich, jedoch lassen sich innerhalb derselben wieder mehrere verschiedene Ansichten unterscheiden: Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger, Retentionsrecht derselben, Verpflichtung der Gläubiger eines insolventen Gesellschafters zur

Das HGB. hat in den Bestimmungen des Art. 122 diese ältere Anschauung nur folgerichtig fortgebildet und derselben den entsprechendsten Ausdruck gegeben. Der besondere Konkurs der Handelsgesellschaft entspricht allein dem Wesen derselben, die Einzwängung der Gesellschaft in die Formen und Grundsätze der römischen Societät hat vorzugsweise im Konkursverfahren zu den nachtheiligsten Konsequenzen geführt, indem der Gesellschaftskonkurs lediglich in einer Summe von Einzel-Konkursen der Gesellschaftsmitglieder bestand und den Gesellschaftsgläubigern die Rechtsverfolgung stets erheblich erschwert wurde[5]).

Ueber die gesetzlichen Vorbedingungen zur Eröffnung des Konkurses enthält das HGB. keine Bestimmungen, sondern es richten sich dieselben nach den bestehenden Vorschriften in den Landesgesetzen[6]).

II. Haft des Privatvermögens für den Ausfall im Gesellschaftskonkurse.

Die solidarische und unbeschränkte Haft der Gesellschafter für die

---

Kautionsleistung an den solventen Socius. Vgl. hauptsächlich die Schriften von Günther, Diss. ad LL. 12 et 27 D. pro socio, Leipzig 1823, und in Weiske's Rechtslexikon Bd. III S. 823 Nr. 5, sowie Günther, Konkurs der Gläubiger 1852 S. 55 f., ferner die Erk. des OAGer. zu Dresden v. 16. Febr. 1860 in der Zeitschr. f. Rechtspfl. im K. Sachsen N. F. Bd. XIX S. 524, des Ob.-Trib. zu Stuttgart v. 11. Mai 1853 in Seuffert's Archiv Bd. VI S. 423. Auch in einem Schweizer Erk., Appell.-Ger. zu Glarus 31. Mai 1860 (Zeitschr. f. Schweizer. Recht Bd. XIII 2. Abth. S. 35) wird es als ein Satz des heutigen gemeinen Handelsrechtes bezeichnet, daß die Privatgläubiger eines Associé's auf die Aktiven der Gesellschaft so lange keinen Anspruch machen können, als die Gesellschaftsgläubiger nicht vollständig befriedigt sind. Ueber das Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger nach dem früheren Preuß. Rechte s. Koch zu §. 35 der preuß. Konkursordnung und Gelpke, Zeitschr. 2. Heft S. 54. Ein gemischtes System zwischen Gesellschaftskonkurs und Einzelkonkurs ist in den Motiven zum Entwurfe des schweiz. Handelsrechtes von Munzinger vorgeschlagen (S. 84 f.). Das System ist originell, aber kaum haltbar, es läßt die Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft als Gläubiger für ihre Kapitalguthaben zu, „soweit diese nicht durch Verlustantheile gemindert oder gänzlich aufgezehrt sind"; das Ganze würde also dahin führen, daß die Kapitaleinlagen der offenen Gesellschafter ähnlich behandelt werden sollen wie die Einlage des alten stillen Gesellschafters im Gegensatze zum Kommanditisten.

5) Vgl. die Motive zum preuß. Entw. des HGB. S. 509—511.

6) Preuß. Konkursordnung §. 286 (Zahlungseinstellung, wie im französischen Rechte); über Bayern, wo, wie im gem. Rechte, Insufficienz des Gesellschaftsvermögens erforderlich ist, s. Lutz a. a. O. Anm. 1.

Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist das charakteristische Kennzeichen der offenen Handelsgesellschaft (Art. 112). Diese unbeschränkte Haft der einzelnen Theilhaber tritt zu der Haft der Gesellschaft und des Gesellschaftsvermögens hinzu; beide Arten der Haft bestehen nebeneinander, sind aber prinzipiell von einander verschieden. Die Verschiedenheit zeigt sich prozessualisch bei der Anstellung der Klage gegen die Gesellschaftsfirma im Gegensatze zu der Klage gegen die einzelnen Theilhaber[7]). Die solidarische Haft der Theilhaber verstärkt den Kredit der Gesellschaft[8]).

So lange nun die Gesellschaft nicht in Konkurs verfällt, hat die Solidarhaft der Einzelnen keineswegs die Natur einer bloßen Bürgschaft und ferner auch nicht eine blos subsidiäre Bedeutung in dem Sinne, daß die Gläubiger immer zuerst gegen die Gesellschaft klagen müßten, bevor sie gegen die einzelnen Theilhaber klagen können. Mit anderen Worten, so lange die Gesellschaft nicht in Konkurs verfällt, haben die Gesellschaftsgläubiger die freie Wahl, wen sie in Anspruch nehmen wollen, ob die Gesellschaft unter deren Firma oder die Einzelnen, und eine Einrede der Vorausklage irgend welcher Art findet nicht statt[9]). Eine derartige Einrede würde ohne eine spezielle gesetzliche Bestimmung schon deshalb nicht statthaft sein, weil der Art. 281 des HGB. die Einrede der Vorausklage bei allen Solidarobligationen aus Handelsgeschäften beseitigt hat[10]).

Anders gestaltet sich die Solidarhaft im Falle des Konkurses der Gesellschaft, denn alsdann sind die Gesellschaftsgläubiger gezwungen, ihre Befriedigung zuerst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, der Art. 122 verweist sie an das Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfalles. Streng genommen liegt also in dieser Bestimmung des Art. eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des Art. 281 [11]), wenn auch nicht wörtlich, so doch der Sache nach, denn der Gesellschaftsgläubiger, welcher von der solidarischen Haft der

---

[7]) S. oben S. 239, 240.

[8]) Daß die solidarische Haft der Mitglieder eines Vereines sehr wohl vereinbar ist mit der juristischen Persönlichkeit desselben Vereines, ist in der Einleitung zu der Lehre von den Handelsgesellschaften an einzelnen Beispielen nachgewiesen worden. S. S. 14 Anm. 21.

[9]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 112.

[10]) Eine gesetzliche Ausnahme von dieser Regel ist statuirt für die eingetragenen Genossenschaften im Genossenschaftsgesetze des Norddt. Bundes §. 12 s. oben S. 60 und 242, dort hat die Solidarhaft der Mitglieder nur die Natur der Bürgschaft und zwar einer Bürgschaft mit der Einrede der Vorausklage, abweichend von Art. 281 des HGB.

[11]) Ladenburg in Busch' Archiv Bd. VI S. 210.

einzelnen Theilhaber Gebrauch machen will, wird zuvörderst an den Konkurs der Gesellschaft selbst verwiesen. Der Grund dieser berechtigten Ausnahme liegt in der Zulassung eines selbständigen Gesellschafskonkurses [12]).

III. Die Bestimmung, daß aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur der im Gesellschaftskonkurse erlittene Ausfall gefordert werden kann, ist so positiver Natur, daß es keineswegs von dem Willen des Gesellschaftsgläubigers abhängt, ob er auf die Anmeldung im Gesellschaftskonkurse verzichten und statt dessen seine ganze Forderung gegen die Einzelnen verfolgen und in deren Privatkonkursen anmelden will [13]). Den Ausfall aber kann er in Folge der solidarischen Haft in sämmtlichen Konkursen der Einzelnen geltend machen, das Nähere richtet sich nach den Bestimmungen der Konkursgesetze [14]).

IV. Da die Gesellschaftsgläubiger nur für den erlittenen Ausfall auf das Privatvermögen der Theilhaber zurückgreifen können, so folgt, daß der Ausfall vorher ermittelt sein muß; dies ist aber erst nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses möglich und mithin ist die Beendigung [15]) der neben dem Gesellschaftskonkurse eröffneten Konkurse über das Privatvermögen der Gesellschafter abhängig von der vorhergehenden Beendigung des ersteren.

V. **Konkurs über das Privatvermögen der Gesellschafter.**

Der Art. verweist die Gesellschaftsgläubiger wegen des Ausfalles im Gesellschafts-Konkurse an das Privatvermögen der Gesellschafter. Auf welchem Wege sie an letzterem ihre Befriedigung suchen wollen, ist den Gläubigern überlassen; der Art. schreibt nicht vor, daß der Konkurs auch über das Privatvermögen der Gesellschafter eröffnet werden müsse, sobald derselbe über die Gesellschaft eröffnet ist. Diese Frage ist vielmehr nach

---

[12]) Der Art. 122 stimmt auch in dieser Beziehung mit dem §. 288 der preuß. Konkurs-Ordnung von 1855 überein. Für die Gläubiger macht es also einen erheblichen Unterschied, ob ein Gesellschafter ein bedeutendes Privatvermögen und daneben eine schwache Einlage in der Gesellschaft besitzt oder umgekehrt.

[13]) Das Gegentheil lehrt Koch zu §. 288 der preuß. Konkursordnung (2. Aufl. 1867) Anm. 83 a. E. Mag nun nach dieser früheren Bestimmung die Frage zweifelhaft gewesen sein oder nicht, die Fassung des Art. 122 läßt jetzt keinen Zweifel mehr bestehen. Vgl. auch Lutz zu Art. 45 des bayer. Einf.-Gesetzes S. 131.

[14]) Preuß. Konk.-Ordnung §. 87.

[15]) Aber auch nur die Beendigung, nicht die Instruktion der Privatkonkurse und nicht die vorläufige Liquidation der gesammten Forderungen. Vgl. Lutz, Komment. S. 132.

den Konkursgesetzen der einzelnen Rechtsgebiete, namentlich aber auch nach den in den Einführungsgesetzen zum HGB. enthaltenen Bestimmungen, zu entscheiden.

Allerdings ist aber in der Mehrzahl der Einführungsgesetze, wie auch in der preußischen Konkursordnung, die gleichzeitige Eröffnung der Privatkonkurse vorgeschrieben, ohne Rücksicht darauf, ob die Gläubiger dieselbe beantragen oder nicht [16]). Hiernach wird also aus der Unzulänglichkeit des Vermögens der Handelsgesellschaft ohne Weiteres auch auf die Unzulänglichkeit des Privatvermögens der offenen Theilhaber derselben geschlossen, indem man von der Annahme ausgeht, der zahlungsfähige offene Gesellschafter werde es nicht zum Konkurse der Societät kommen lassen. Diese Auffassung wird nur wenig modifizirt, wenn, wie nach der preußischen Konkursordnung und nach französischem Rechte, nicht die Unzulänglichkeit des Vermögens, sondern die Zahlungseinstellung der Gesellschaft die entscheidende Vorbedingung für den Konkurs ist.

Die eben erwähnte Schlußfolgerung ist nun aber eine bloße Fiktion, welche keineswegs immer zutrifft [17]). Man wird zugeben müssen, daß ein offener Handelsgesellschafter nicht nur im Stande sondern auch dazu bereit sein kann, den aus der solidarischen Haft gegen ihn erhobenen Ansprüchen auch nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses zu genügen, weil er es vorzieht und es vorziehen darf, die über seine vertragsmäßige Einlage hinausgehende Deckung nicht direkt an die Gesellschaftskasse abzuführen, namentlich dann, wenn die Rechtsbeständigkeit der Gesellschaft unter den Gesellschaftern bestritten ist.

Es erscheint deshalb die Bestimmung des bayerischen Einf.-Gesetzes Art. 44 zweckmäßiger, nach welcher der Konkurs über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nur dann eröffnet werden soll, wenn die Gesellschaftsgläubiger oder auch nur einer derselben dies beantragen.

---

[16]) Preuß. Konkursordn. §. 287, preuß. Einf.-Ges. Art. 36, preuß. Einf.-Verordnung f. Schleswig-Holstein §. 35, Einf.-Gesetz für Oesterreich §. 30, K. Sachsen §. 11, Braunschweig §. 39, Hessen-Darmstadt Art. 20, Bremen §. 19, Anhalt-Dessau §. 17, Sachsen-Weimar §. 17, Sachsen-Koburg §. 15, Sachsen-Gotha §. 17, Sachsen-Meiningen §. 17, Sachsen-Altenburg §. 18, Schwarzburg-Sondershausen §. 18, Schwarzburg-Rudolstadt §. 17, Reuß ä. L. §. 17, Reuß j. L. §. 17.

[17]) Vgl. die kritischen Bemerkungen von C. F. Koch im Kommentare zur preuß. Konkursordnung (2. Aufl. 1867) §. 287; R. Koch in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XII S. 137 und in der Schrift: zur Reform des preuß. Konkursrechtes, Berlin 1868, S. 37 f.; v. Hahn, Komment. Bd. I S. 309. Vgl. auch Tauchnitz in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Sachsen N. F. Bd. XXVI S. 97 f.

Von der Vorbedingung der Insuffizienz des Privatvermögens wird aber alsdann abgesehen [18]), und es erscheint hiernach auch zulässig, daß der Konkurs nur über das Privatvermögen eines einzelnen offenen Gesellschafters eröffnet wird, wenn sich die Anträge der Gläubiger nicht weiter erstrecken.

VI. Absonderungsrecht der Privatgläubiger in Bezug auf das Privatvermögen der Gesellschafter.

Die Einräumung eines Absonderungsrechtes am Privatvermögen der Gesellschafter zu Gunsten der Privatgläubiger der letzteren ist im HGB. nicht erfolgt, sondern ist ausdrücklich den Landesgesetzen überlassen worden. Ein solches Separations- und Vorzugsrecht wurde aus Gründen der Billigkeit und als Analogie zu dem Separationsrechte der Gesellschaftsgläubiger verlangt, es soll ein Schutzmittel für die Privatgläubiger gegen eine allzugroße Bevorzugung der Gesellschaftsgläubiger bilden. Diese prinzipielle Trennung der Massen findet sich auch in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis [19]) und in der Hamburger Fallitenordnung [20]).

Indeß läßt sich hiergegen geltend machen, daß sich ein solches Vorzugsrecht sehr wenig mit der unbeschränkten und solidarischen Haft der Gesellschafter verträgt. Soll diese Haft in Wahrheit bestehen — und auf ihr beruht der Kredit der meisten offenen Gesellschaften, — so können die Gesellschaftsgläubiger, denen doch das ganze Vermögen der Gesellschafter haftet, wegen ihres Ausfalles im Gesellschaftskonkurse nicht auf den etwaigen Rest angewiesen werden, den ihnen die Privatgläubiger am Privatvermögen übrig lassen [21]). Es haben deshalb auch nicht alle Einführungsgesetze von der in Art. 122 ertheilten Befugniß Gebrauch gemacht namentlich ist die Einräumung eines solchen Vorzugsrechtes an die Privatgläubiger nicht erfolgt im österreichischen, im preußischen, im

---

[18]) Lutz zu Art. 44 cit. S. 129. — Auch das Würtembergische Einf.-Ges. §. 41 befolgt ein mittleres System, es tritt bei Eröffnung des Gesellschaftskonkurses gleichzeitig eine Vermögensuntersuchung über jeden einzelnen Gesellschafter ein, verbunden mit einem Veräußerungsverbote, welches bei nachgewiesener Zahlungsfähigkeit des Gesellschafters wieder aufgehoben werden kann.

[19]) Auerbach I, S. 99.

[20]) Art. 64, 4: „Dagegen steht den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Vorzugsrecht an dem Privatvermögen vor den Handlungsgläubigern zu." Diese Bestimmung gilt noch, Hamburg. Einf.-Ges. §. 20.

[21]) Die gegen ein solches Vorzugsrecht der Privatgläubiger schon in den Nürnberger Berathungen (Prot. S. 4525), ferner von Auerbach I S. 99 und v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 48 geäußerten Bedenken erscheinen vollkommen begründet.

bayerischen [22]), wohl aber in den Einführungsgesetzen für Hannover §. 17, Frankfurt Art. 18, K. Sachsen §. 11, Baden Art. 35, Braunschweig §. 39, Bremen §. 17, Hamburg §. 20, Oldenburg Art. 16, Würtemberg Art. 41.

Vierter Abschnitt.

Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben.

Art. 123.

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1) durch die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft;
2) durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll;
3) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter oder durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbstständigen Vermögensverwaltung;
4) durch gegenseitige Uebereinkunft;
5) durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen ist, sofern nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen; in diesem Falle gilt sie von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangen;
6) durch die von Seiten eines Gesellschafters geschehene Aufkündigung, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer eingegangen ist.

Eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft ist als eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zu betrachten.

Pr. Entw. Art. 118. — I. Entw. Art. 118. — II. Entw. Art. 119. — Prot. S. 230—236, 1007.

I. Die Lehre von der Auflösung der Handelsgesellschaften überhaupt

---

[22]) Lutz a. a. O. S. 132.

und der offenen Handelsgesellschaft insbesondere ist seit dem Erscheinen des A. DHGB. Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Erörterungen geworden [1]). Das Gesetzbuch hat in diesem, sowie im folgenden Abschnitte unverkennbar einige wichtige Lücken gelassen, welche auf Rechnung einer allzugroßen Kürze der gesetzlichen Bestimmungen gesetzt werden müssen und deren Ausfüllung der Wissenschaft und Praxis überlassen ist.

II. Die Auflösungsgründe zerfallen in die gesetzlichen (Art. 123, 125) und in die vertragsmäßigen. Die Gesellschafter sind nicht gehindert, noch andere Gründe und Arten der Aufhebung der Gesellschaft durch Vertrag festzustellen, soweit dieselben nur überhaupt rechtlich zulässig sind [2]), insbesondere können sie die Auflösung von dem Eintritt einer Bedingung abhängig machen. Selbstverständlich können jedoch dergleichen Verabredungen nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

Die Gründe der Auflösung zerfallen ferner in solche, welche das Aufhören der Gesellschaft von Rechtswegen und ipso jure nach sich ziehen (Art. 123) und in solche, welche den Gesellschaftern nur die Auflösungsklage geben (Art. 125). Zwischen beiden Arten von Auflösungsgründen ist ein erheblicher Unterschied, weil bei den Gründen der zweiten Art die Auflösung im Falle des Widerspruches erst durch gerichtliches Urtheil eintritt.

Wenn aber die im Art. 123 angegebenen Gründe die Auflösung der Gesellschaft kraft Gesetzes bewirken, so ist dies nicht dahin zu verstehen, daß die Gesellschafter in keinem dieser Fälle die Befugniß hätten, die Gesellschaft auch nachher noch fortzusetzen, und auf die Auflösung nebst Liqui-

---

[1]) Die größeren und kleineren Abhandlungen und Bemerkungen über die Auflösung der Handelsgesellschaften sind sehr zahlreich, und es läßt sich nicht einmal zugeben, daß alle Fragen erschöpft seien. Vgl. Keyßner, Einfluß der Auflösung der Gesellschaft auf das Firmenrecht in der Deutschen Ger.-Zeitung 1863 S. 29 und in Busch' Archiv Bd. II S. 292; Gad, die Auflösung einer Handelsgesellschaft in der Deutschen Ger.-Zeitung 1863 S. 29; Lesse, über den rechtlichen Einfluß des Austrittes eines Gesellschafters im Centralorgan 1863 S. 169; v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 49; Beitrag zur Lehre von der Auflösung in Busch' Archiv Bd. IV S. 80; Keyßner, über Sicherungsmittel der Gesellschafter gegeneinander während der Dauer eines Streites über die Auflösung der Gesellschaft in Busch' Archiv Bd. V S. 30; Voigtel, Fortdauer und Auflösung des Handelsgeschäftes nach dem Tode des Inhabers in Busch' Archiv Bd. X S. 67; Anschütz, über die stillschweigende Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft in Busch' Archiv Bd. XII S. 75; v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. XIII S. 388.

[2]) Motive zum preuß. Entw. S. 66.

dation zu verzichten. Vielmehr ist, wenn alle Betheiligten ihre Einwilligung dazu geben, die Fortsetzung der Gesellschaft in allen Fällen möglich, ohne daß das Handelsgericht dieselbe hindern könnte, allerdings sind aber die einzelnen Fälle auch in Betreff dieser Fortsetzung verschieden [3]).

Von den im Art. aufgezählten gesetzlichen Auflösungsgründen bedürfen einzelne, wie der zu Art. 122 betrachtete Konkurs der Gesellschaft, keiner neuen Erörterung. An andere dieser Gründe dagegen knüpfen sich einige weiter reichende Fragen, welche in der nachfolgenden Darstellung zusammengestellt sind.

III. (Ziff. 2.) Tod eines Gesellschafters.

1) Da die offene Handelsgesellschaft keine bloße Kapitalgesellschaft, sondern eine Personalgesellschaft ist, welche hauptsächlich mit Rücksicht auf die Individualität und persönlichen Eigenschaften der einzelnen Theilhaber geschlossen wird und nur mit Beobachtung dieser Rücksicht rationell geschlossen werden kann, so ergibt sich aus dem Tode eines einzigen Gesellschafters die Auflösung der ganzen Gesellschaft. Die Gesellschaft dauert nicht etwa kraft Gesetzes unter den übrigen fort, aber wohl ist dies möglich und zulässig in Folge Vertrages nach Art. 127 und 128. Die totale Auflösung bildet die Regel, die partielle die Ausnahme [4]).

2) Verschieden von der ausnahmsweise eintretenden Fortdauer der Gesellschaft unter den übrig gebliebenen Gesellschaftern ist die ausnahmsweise eintretende Fortsetzung derselben mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters. Auch diese Art der Fortsetzung kann von den Gesellschaftern durch Vertrag verabredet werden, ein solcher Vertrag ist für die übrig bleibenden Gesellschafter wie für die Erben bindend [5]). Es ist gleichgültig, ob die Verabredung schon bei Errichtung der Gesellschaft oder während des Bestehens derselben getroffen wird. Schon das französische Recht und das preußische Landrecht [6]) haben eine derartige Verabredung für gültig erklärt, während sie nach römischem Rechte ungültig ist [7]).

---

[3]) S. die Erläuterungen zu Ziffer 2—6 des Art. und zu Art. 127; ferner v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 48. Sogar im Falle des Gesellschaftskonkurses ist die Fortsetzung und Wiederaufnahme der Gesellschaft möglich, wenn sämmtliche Gesellschafter und die Konkursgläubigerschaft konsentiren, vgl. v. Hahn Art. 123 §. 2.

[4]) So auch schon nach römischem Rechte, zwar nicht nach L. 52 §. 9 D. pro socio, wohl aber nach L. 65 §. 9 D. eod. und §. 5 J. de societ. III, 26.

[5]) Ueber die Frage, wie weit die Verpflichtung der oder des Erben in einem solchen Falle reiche s. v. Hahn zu Art. 123 §. 5 und 6.

[6]) Code civil Art. 1868; Preuß. Landr. I, 17 §. 281 und II, 8, §. 661.

[7]) L. 35, 65 §. 9. D. pro socio XVII, 2. L. 59 eod.: Adeo morte socii

3) Es macht aber ferner auch keinen Unterschied, ob die Verabredung über die Fortdauer der Gesellschaft schon bei Lebzeiten des Erblassers getroffen wird, oder erst nach seinem Tode zwischen den überlebenden Gesellschaftern und den Erben. Die Vorschrift des Art. beweist, daß der Rechtssatz: die Gesellschaft wird durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, nicht apodiktisch gilt, sondern durch Vertrag abgeändert und beseitigt werden kann. Wenn es dem Erblasser zusteht, in Gemeinschaft mit seinen Mitgesellschaftern zu bestimmen, daß die Gesellschaft durch seinen Tod nicht aufgelöst werden soll, sondern daß die Erben die Gesellschaft fortsetzen sollen, so muß dieselbe Vereinbarung auch in dem Falle gelten, wenn sie nicht vom Erblasser mit den übrigen Gesellschaftern, sondern von den letzteren mit den Erben selbst getroffen wird.

Wenn also in Ziff. 2 des Artikels von dem Vertrage die Rede ist, in welchem der Fortbestand der Gesellschaft mit den Erben bestimmt werden kann, so ist dabei nicht ausschließlich an einen von den Gesellschaftern unter einander abgeschlossenen Vertrag zu denken. Das HGB. wollte zunächst das römischrechtliche Verbot aufheben, wonach dergleichen Verabredungen ungültig sein sollten, das römische Recht spricht aber vorzugsweise von der Ungültigkeit einer solchen Verabredung im anfänglichen Vertrage [8]), d. h. im Gesellschaftsvertrage, dies galt als der Hauptfall. Das HGB. hat nun dieses Verbot aufgehoben, die Verabredung über die Fortsetzung der Gesellschaft soll gültig sein, nicht blos in dem Hauptfalle, wenn sie bereits im Gesellschaftsvertrage getroffen ist, sondern schlechthin, wenn sie von den Betheiligten getroffen wird. Für diese weitere Auslegung der gesetzlichen Bestimmung in Ziff. 2 spricht auch die allgemeinere Fassung derselben im preußischen Landrechte und im französischen Civilgesetzbuche, auf deren Bestimmungen sich die Motive zum preußischen Entwurfe ausdrücklich berufen [9]).

IV. (Ziff. 3.) **Konkurs oder rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters.**

---

solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati.

[8]) L. 59 cit. — ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres societati succedat. Der Art. 122 Ziff. 2 des HGB. steht nicht blos im Gegensatze zu dem ab initio, sondern überhaupt zu nec pacisci.

[9]) Motive S. 65. Das preuß. Landr. II, 8, §. 661 erkennt ganz allgemein die entgegenstehenden Verabredungen für gültig an und auch der Art. 1868 des Code civil sagt ganz allgemein: S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec son heritier.

1) Wird über das Vermögen eines Gesellschafters Konkurs eröffnet, so zieht dies nur die Auflösung, nicht aber den Konkurs der Gesellschaft (Art. 122) nach sich, und zwar auch dann nicht, wenn etwa sämmtliche Gesellschafter in Konkurs verfallen. Die Rechte der Gläubiger des Gesellschafters im Falle eines solchen Privatkonkurses werden durch die Art. 119, 126 und 132 bestimmt.

2) Auch die anderweitig eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbstständigen Verwaltung seines Vermögens zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich; in einem solchen Falle treten die gesetzlichen Vertreter (Vormünder, Kuratoren, Beistände) nicht an Stelle des Gesellschafters. Die Frage, wann eine solche Unfähigkeit eintrete, ist nicht nach Handelsrecht, sondern nach Civilrecht zu entscheiden; hauptsächlich gehören hierher die Entmündigung oder Interdiktion, die Prodigalitäts-, Abwesenheits- und Verschollenheitserklärung, sowie nach dem preuß. Strafgesetzbuche (§. 11) auch die Verbüßung einer Zuchthausstrafe, da der hierzu Verurtheilte während der Strafzeit unter Vormundschaft gestellt wird. Die Verurtheilung zu anderen Freiheitsstrafen fällt dagegen unter Art. 125 Ziff. 5, ebenso die körperliche Unfähigkeit eines Gesellschafters [10]).

V. (Ziff. 4.) Gegenseitige Uebereinkunft. Stillschweigende Fortsetzung.

Die Gesellschafter können eine Uebereinkunft dahin treffen, daß die Gesellschaft schon vor Ablauf der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zeit (Art. 124) aufhören soll. Allein wenn alsdann der Auflösungstermin eintritt, so steht es ihnen frei, die Gesellschaft auch wieder fortzusetzen, entweder durch neue ausdrückliche Vereinbarung oder stillschweigend. So lange die Gesellschaft nicht in Konkurs verfällt, sind die Gesellschafter befugt, nach eigenem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie von der Auflösung und der Liquidation Gebrauch machen oder ob sie statt dessen die Gesellschaft fortsetzen wollen [11]). Ueber die Thatsachen, aus welchen die stillschweigende Fortsetzung geschlossen folgt, s. die Erläuterungen zu Ziff. 5.

VI. (Ziff. 5.) Stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft nach Ablauf der Zeit.

In Ziff. 5 ist nur die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft durch die sämmtlichen Gesellschafter erwähnt. Es fragt sich, ob die Gesellschaft nicht auch mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters still-

---

[10]) Motive zum preuß. Entw. S. 66.

[11]) Anschütz in Busch' Archiv Bd. XII S. 76; Voigtel in Busch' Archiv Bd. X S. 76.

schweigend fortgesetzt werden kann. Die Frage ist von der in Ziff. 2 des Art. erwähnten vertragsmäßigen Fortsetzung mit den Erben insofern verschieden, als es sich im letzteren Falle der Regel nach um eine ausdrückliche Verabredung handelt, durch welche die Fortsetzung bereits gesichert worden ist und durch welche die Erben zur Fortsetzung bereits berechtigt und verpflichtet sind. Verschieden ist die Frage ferner auch von der im Artikel 127 erwähnten Verabredung, da diese nicht auf eine Fortsetzung mit den Erben sondern nur auf eine solche ohne die Erben bezogen werden kann. Die Frage selbst ist aber zu bejahen[12]). Denn wenn der Gesellschaftsvertrag von Anfang an stillschweigend abgeschlossen werden kann (Art. 85), so kann derselbe auch stillschweigend erneuert werden und zwar auch mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters. Es besteht kein rechtlicher Zwang für die überlebenden Gesellschafter und für die Erben des verstorbenen, an der Auflösung festzuhalten und zur Liquidation zu schreiten, obgleich sie über die Fortsetzung sämmtlich einig sind. Dem Handelsgerichte steht ein disziplinarisches Eingreifen in einem solchen Falle nicht zu [13]).

Zur stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft ist jedoch in diesem wie in anderen Fällen die Einwilligung aller Theilhaber erforderlich. Also muß vorliegen entweder 1) die thatsächliche Fortführung der bisherigen Gesellschaftsfirma von Seiten aller Theilhaber mit Einschluß der Erben oder 2) die thatsächliche Fortführung der Firma durch einen oder mehrere unter den Theilhabern mit Genehmigung der übrigen, wiederum mit Einschluß der Erben.

VII. (Ziff. 6.) Kündigungsrecht der Gesellschafter bei einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer.

Wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichtet und eine Kündigungsfrist nicht verabredet ist, so haben die einzelnen Gesellschafter nicht das Recht, gegen den Willen der übrigen zu jeder Zeit zurückzutreten, es müßte ihnen denn dieses sofortige Rücktrittsrecht vertragsmäßig zugestanden sein. Vielmehr muß dem Austritte und der dadurch bewirkten Auflösung eine Kündigung vorhergehen und zwar eine den Bestimmungen des Art. 124 entsprechende rechtzeitige Kündigung, worüber die Erläuterungen zum folgenden Artikel zu vergleichen sind. Verbindet man den Art. 123 Ziff. 6 mit Art. 124, so ergibt sich, daß eine Gesellschaft von

---

12) Anschütz in Busch' Archiv Bd. XII S. 75 f., wo die Frage ausführlich erörtert ist; übereinstimmend v. Kräwel das. Bd. XIII S. 388 f.

13) Anschütz a. a. O. S. 79; ebenso v. Kräwel a. a. O. und im Kommentar zu Art. 123 Anm. 1 und 2, Endemann §. 44 Anm. 7.

unbestimmter Dauer oder auf Lebenszeit gleich ist einer Gesellschaft auf sechsmonatliche Kündigung [14]).

Art. 124.

Die Aufkündigung einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer Seitens eines Gesellschafters muß, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft erfolgen.

Pr. Entw. Art. 119. - I. Entw. Art. 119. — II. Entw. Art. 120. — Prot. S. 235. 1007 f.

I. Wie zu Art. 123 Ziff. 6 hervorgehoben ist, steht den einzelnen Gesellschaftern bei einer auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit errichteten Gesellschaft nicht der sofortige Rücktritt zu jeder Zeit zu, sondern nur der Rücktritt nach vorhergehender rechtzeitiger Kündigung. Dieser Grundsatz galt auch schon vor dem HGB. Man nahm nach dem Vorgange des römischen Rechtes an, daß ein Gesellschafter nicht zur Unzeit kündigen oder austreten dürfe, daß die Kündigung in gutem Glauben erfolgen müsse, nicht zu einer Zeit, wo der Gesellschaft durch den plötzlichen Austritt des Gesellschafters ein besonderer Schaden erwachsen oder ein besonderer Gewinn entgehen würde [1]). Das preuß. Landrecht (II, 8, §. 668) hatte diesem allgemeinen Prinzipe eine bestimmtere Fassung gegeben: Der Austritt aus der Gesellschaft erfolgt dann nicht mehr zur Unzeit, wenn der Gesellschafter spätestens sechs Monate vor Ablauf des Societätsjahres (Geschäftsjahres) kündigt, nach Ablauf dieser Frist erscheint die Kündigung als verspätet und braucht von den übrigen Gesellschaftern nicht angenommen zu werden.

Die sechsmonatliche Kündigungsfrist entspricht auch der Uebung der Kaufleute und findet sich in vielen Gesellschaftsverträgen festgesetzt, sie konnte deshalb um so mehr in das HGB. aufgenommen werden.

---

[14]) Ueber die in dieser Hinsicht bestehende Analogie mit dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen oder fortgesetzten Mieth- und Pachtvertrage s. Anschütz in Busch' Archiv Bd. XII S. 81.

[1]) L. 65 §. 3 und 5 D. pro socio XVII, 2. Die letztere Stelle betont das genossenschaftliche Prinzip, welches der Gesellschaft zu Grunde liegt, in folgender Weise: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. So auch Code civil Art. 1869, 1870.

Unter Geschäftsjahr ist das Jahr zu verstehen, nach dessen Ablaufe die Bilanz gezogen wird. In Ermangelung eines besonderen Anfangs- und Endtermines fällt das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahre zusammen [2]).

Wenn die Gesellschafter ungeachtet der rechtzeitigen Kündigung die Gesellschaft nach Ablauf des Geschäftsjahres stillschweigend fortsetzen, so wird dieselbe von Neuem eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer und die im Art. 124 vorgeschriebene Kündigungsfrist muß von Neuem beobachtet werden. Was von der stillschweigenden Fortsetzung mit den Erben gilt, Art. 123 Ziff. 5, kommt auch in den übrigen Fällen der stillschweigenden Forsetzung zur Anwendung [3]).

Art. 125.

Ein Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen, sofern hiezu wichtige Gründe vorhanden sind.

Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruches dem Ermessen des Richters überlassen.

Die Auflösung kann insbesondere ausgesprochen werden:

1) wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich wird;
2) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;
3) wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;
4) wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;
5) wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird.

Pr. Entw. Art. 121. — I. Entw. Art. 121. — II. Entw. Art. 120. — Prot. S. 235 f. 1008.

---

[2]) Vgl. Art. 107, S. 221 dieses Bandes.

[3]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 123 §. II und VI.

I. Verschieden von den Gründen, welche die Auflösung der Gesellschaft von Rechtswegen bewirken, ohne daß es einer Auflösungsklage bedarf, sind diejenigen Thatsachen, welche den einzelnen Gesellschafter nur zur Anstellung einer Auflösungsklage berechtigen, ähnlich wie bei der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Nichtigkeit (absoluter Nichtigkeit) und Anfechtbarkeit (relativer Nichtigkeit) unterschieden wird.

Das HGB. hat darauf verzichtet, die Umstände sämmtlich genau aufzuzählen, welche zur Anstellung der Auflösungsklage berechtigen können; vielmehr ist die Beurtheilung der Frage, ob Grund zur Auflösung vorliege, dem freien Ermessen des Richters überlassen und es sind im Art. 125 nur einige besonders wichtige Fälle, in welchen die Auflösung regelmäßig ausgesprochen werden kann, zur Leitung des richterlichen Ermessens hervorgehoben. Daß die Aufzählung der Gründe in Art. 125 nicht restriktiv zu verstehen sei, ist durch die Fassung des Abs. 3 des Art. ausdrücklich hervorgehoben. Auch hat das HGB. im Art. 97 noch einen weiteren Fall hervorgehoben, in welchem auf Auflösung der Gesellschaft erkannt werden darf [1]). Und es ist ferner im Art. 101 bestimmt, daß, wenn die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern ausschließlich übertragen ist, alsdann auch auf Widerruf der Geschäftsführung statt auf Auflösung geklagt werden kann [2]).

II. Die Klage auf Auflösung der Gesellschaft steht ebenso wie die im Art. 124 festgesetzte Kündigung auch den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern zu. Es ist dies eine innere Angelegenheit der Gesellschaft, rücksichtlich welcher alle Gesellschafter gleichmäßig berechtigt sind. In der Auflösungsklage liegt ein Schutzmittel für den nicht firmirenden Socius [3]). Und zwar steht die Auflösungsklage wie die Kündigung jedem einzelnen Gesellschafter für seine Person zu, weder die eine noch die andere ist von einem Mehrheitsbeschlusse abhängig.

III. (Ziff. 1.)

Die eingetretene Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes bewirkte nach früherem Rechte die Auflösung von Rechtswegen [4]), während nach dem HGB. auch hierüber das Ermessen des Richters entscheidet.

---

[1]) Vgl. oben S. 166.

[2]) Vgl. oben S. 190 zu Art. 101 §. II und III. — Einen Fall, in welchem von zwei Gesellschaftern jeder gegen den anderen auf Auflösung klagte, der eine wegen Nichterfüllung wesentlicher Pflichten und Untreue, der andere wegen thätlicher Beleidigung s. in Busch' Archiv Bd. VIII S. 212.

[3]) Vgl. auch Art. 101.

[4]) Vgl. Prot. S. 235. L. 58, 63 § 10 D. pro socio; preuß. Landr. I, 17, §. 277.

Zu den hier in Betracht kommenden äußeren Umständen gehört auch die gänzliche Verarmung oder die bei Errichtung der Gesellschaft verschwiegene Armuth eines Gesellschafters, durch welche die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich werden kann [5]; ferner auch die gänzliche Insufficienz des Betriebskapitales und des Kredits der Gesellschaft im Verhältnisse zum Zwecke der Gesellschaft [6], nicht aber der Verlust eines Theiles des Gesellschaftskapitales und die Befürchtung, daß auch der Rest der Einlagen verloren gehen werde [7].

IV. (Ziff. 2.)

Die Unredlichkeit eines Gesellschafters, welche zur Auflösung Veranlassung gibt, kann in den verschiedensten Formen vorkommen [8]. Unredlich handelt der Gesellschafter bei der Geschäftsführung und bei der Rechnungslegung, wenn er der Gesellschaft wissentlich Reisekosten berechnet für Reisen, die er nicht gemacht hat, vorausgesetzt, daß es sich dabei nicht um eine statt der Reisekosten ein für allemal fixirte Summe handelt. Unredlich handelt er ferner, wenn er der Gesellschaft wissentlich Mäklerkourtagen und Provisionen als in Gesellschaftsangelegenheiten gezahlt berechnet, während er sie nicht gezahlt hat, oder wenn er empfangene Gelder der Gesellschaft nicht an die Gesellschaftskasse abliefert sondern in eigenem Nutzen verwendet [9].

V. (Ziff. 3.)

Zu den wesentlichen Verpflichtungen eines Gesellschafters gehört auch die Beobachtung der im Art. 103 des HGB. oder im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Vorschriften über die Befragung der Mitgesellschafter vor Abschluß gewisser Geschäfte [10]. Ferner gehört hieher auch die Wei-

---

5) Analog wie bei der Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters (Art. 123 Ziff. 3). Erk. des OAGer. zu Lübeck v. 26. März 1861 in den Bremischen Entscheidungen Bd. IV S. 471 und in Goldschmidt's Zeitschr. VII S. 471.

6) Vgl. Busch' Archiv Bd. II S. 174.

7) Erk. des OAGer. zu Dresden v. 25. Nov. 1862 in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 592 und Centralorgan Bd. II S. 121; Dekret des Hofgerichtes zu Wiesbaden v. 1863 in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VIII S. 593.

8) Injuriosus et damnosus socius, ut non expediat eum pati. L. 14 i. f. D. pro socio.

9) Vgl. Erk. des OAGer. zu Dresden v. 20. Jan. 1863 im Centralorgan Bd. II S. 186.

10) S. oben S. 195, 196, 201. Das preuß. Landrecht I, 17, §. 273 fordert eine beharrliche Verweigerung der Erfüllung der gesellschaftlichen Pflich-

gerung eines Gesellschafters, die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister zu bewirken [11]).

VI. (Ziff. 5.)

Die Unfähigkeit kann eine allgemeine und eine spezielle sein. Allgemeiner Natur ist die Unfähigkeit zur Besorgung von Geschäften, welche in Folge der Abbüßung einer Gefängnißstrafe von längerer Dauer [12]) oder in Folge längerer, der Gesellschaft gegenüber nicht begründeter Abwesenheit eintritt.

Spezieller Natur ist die Unfähigkeit eines Gesellschafters zur Besorgung bestimmter Geschäfte, zu welchen eine besondere technische Fertigkeit erforderlich ist. Ist der Gesellschaftsvertrag mit einem Gesellschafter unter der Voraussetzung abgeschlossen worden, daß derselbe bestimmte, zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderliche Eigenschaften oder Fertigkeiten besitze, so kann der später eintretende oder später erst entdeckte Mangel dieser Eigenschaften einen Auflösungsgrund abgeben [13]).

VII. Provisorische Maßregeln während eines Rechtsstreites über die Auflösung der Gesellschaft.

Das HGB. enthält keine Bestimmungen über die Frage, ob nicht schon während eines Rechtsstreites über die Auflösung der Gesellschaft solche gerichtliche Anordnungen getroffen werden können, durch welche der eine Gesellschafter gegen Handlungen des anderen in der Zwischenzeit sicher gestellt wird. Die Frage ist näher dahin zu präzisiren, ob schon während des Rechtsstreites und provisorisch einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen die Disposition über das Gesellschaftsvermögen sowie die Zeichnung der Firma untersagt und ob dieses Verbot in das Handelsregister eingetragen werden kann. Dieselbe Frage würde sich auch zu Art. 101 des HGB. aufwerfen lassen.

Zunächst ist nun festzuhalten, daß in dieser Hinsicht keine Analogie zwischen dem Handelsregister und dem Hypothekenbuche besteht. Protestationen, Inhibitorien und Vorbehalte, wie sie nach den neueren Hypo-

---

ten. Die Motive zum jetzigen Art. 125 (S. 68) bemerken, daß auch in dieser Beziehung das richterliche Arbitrium entscheiden solle; indeß ist auf den Umstand, ob die Nichterfüllung eine beharrliche oder nicht beharrliche, eine vereinzelte oder wiederholte ist, allerdings zu achten.

[11]) Vgl. oben zu Art. 86 S. 102.

[12]) Ueber die Folgen der Abbüßung einer Zuchthausstrafe s. oben S. 276.

[13]) Z. B. bei einer Gesellschaft zum Betriebe eines photographischen Ateliers, wenn sich herausstellt, daß der mit der technischen Leitung beauftragte Gesellschafter die dazu erforderliche technische Fertigkeit nicht besitzt. Erk. des OAGer. zu Dresden v. 7. Okt. 1864 in Busch' Archiv Bd. VIII S. 151.

thekengesetzen in das Hypothekenbuch eingetragen werden können, sind zur Eintragung in das Handelsregister nicht geeignet. Der Kreis der in das Handelsregister aufzunehmenden Eintragungen ist ein gesetzlich festbegrenzter [14]); das Register hat nicht den Zweck, für jede Eintragung zu dienen, welcher die Parteien eine Wirksamkeit Dritten gegenüber zu geben wünschen, sondern nur die im HGB. [15]) angeordneten Eintragungen sind in das Register aufzunehmen (HGB. Art. 12). Das Register hat keinen Raum für die Eintragung von Verwahrungen und von streitigen Rechtsverhältnissen unter dieser Bezeichnung, sondern so lange ein Rechtsverhältniß noch streitig ist, muß der Richter die Eintragung desselben noch aussetzen und die Parteien auf den Rechtsweg verweisen [16]).

Wohl aber kann auf Grund einer provisorischen Verfügung des Gerichtes eine Eintragung im Handelsregister erfolgen, welche nicht als provisorische oder als Protestation bezeichnet wird, sondern in derselben Form wie jede andere Eintragung erfolgt und dieselbe Wirkung gegen Dritte hat. Ein Gesellschafter würde also die provisorische (interimistische) Entziehung der Befugniß zur Firmazeichnung gegen einen Mitgesellschafter schon vor Ablauf des Rechtsstreites über die Auflösung der Gesellschaft in dem Falle beantragen dürfen, wenn ihm durch die Unterlassung dieser Anordnung in der Zwischenzeit ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorsteht, welcher nur durch die richterliche Verfügung und durch die Eintragung derselben in das Handelsregister abgewendet werden kann. Das Ganze richtet sich nach den prozessualischen Bestimmungen über provisorische Verfügungen in Civilsachen [17]). Wird die provisorische Verfügung später wieder aufgehoben, so ist dann auch die Eintragung zu löschen.

---

[14]) Anschütz in Busch' Archiv Bd. X S. 90 f.

[15]) Oder in solchen Gesetzen, welche eine neue Art von Eintragungen ausdrücklich anordnen, wie dies durch die Einführung des Genossenschaftsregisters im Genossenschaftsgesetze des Norddeutschen Bundes geschehen ist.

[16]) Vgl. die Ausführungen Bd. I S. 104, 105 und Keyßner in Busch' Archiv Bd. V S. 30.

[17]) Vgl. die Ausführungen S. 113, 114 dieses Bandes, wo die Frage in gleichem Sinne beantwortet ist; Keyßner a. a. O. S. 39 über die Zulässigkeit des Eintrages der Auflösung auf einseitigen Antrag eines Gesellschafters unter besonderen Umständen z. B. bei notorischer Flüchtigkeit oder Auswanderung eines Gesellschafters, ferner Busch' Archiv Bd. IV S. 89.

Art. 126.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, es mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Die Aufkündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft geschehen.

Prot. S. 4526, 4639.

I. Der Rechtsgrundsatz, daß den Privatgläubigern eines Gesellschafters der Gesellschafts-Antheil der letzteren zum Zwecke ihrer Befriedigung zwar nicht völlig unzugänglich, aber doch nur unter bestimmten Einschränkungen zugänglich ist, ist bereits in Art. 119 ausgesprochen. Die Bestimmungen der Art. 126 und 132 führen diesen Grundsatz noch weiter aus, indem sie den Privatgläubigern unter zwei Voraussetzungen ein Kündigungsrecht gegen die Gesellschaft geben. Diese Voraussetzungen sind:

1) der Gläubiger muß die Exekution in das dem Gesellschafter bei der zukünftigen Auflösung zukommende Guthaben erwirkt haben und es muß 2) vorher die Exekution in das Privatvermögen des Gesellschafters vollstreckt und fruchtlos ausgefallen sein.

II. Die Exekution in den Gesellschaftsantheil geschieht durch eine gerichtliche Verfügung, welche nach den Formen des Arrestschlages sowohl dem Schuldner als der Gesellschaft und zwar letzterer in der Person eines anderen firmirenden Gesellschafters oder eines sonstigen zur Empfangnahme von Insinuationen legitimirten Vertreters zu insinuiren ist (Art. 117 Abs. 2) [1]. Auch die Kündigung der Gesellschaft muß von dem Gläubiger durch eine besondere Erklärung gegenüber einem der übrigen firmirenden Gesellschafter erfolgen (Art. 117 Abs. 2).

Gegen die Nachtheile einer hierdurch bewirkten totalen Auflösung der Societät können sich die Gesellschafter schützen, indem sie von der im Art. 132 ihnen verliehenen Befugniß Gebrauch machen, oder indem sie

---

[1]) Den letzteren nicht überflüssigen Zusatz macht mit Recht das Hamburgische Einf.-Gesetz §. 21. Vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 119.

den Privatgläubiger für Rechnung des zahlungsunfähigen Gesellschafters befriedigen und sich die Forderungen gegen den letzteren abtreten lassen.

Art. 127.

Wenn die Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, daß, ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter, die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden; im Uebrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort.

Pr. Entw. Art. 122. — I. Entw. Art. 121. — II. Entw. Art. 122. — Prot. S. 237. 242. 1008.

Die Art. 127, 128 und 132 enthalten drei Ausnahmen von dem Satze, daß eine partielle Auflösung der Gesellschaft nicht stattfindet, sondern nur eine totale [1]).

I. Die Bestimmung des Art. 127 bezieht sich auf die vertragsmäßig festgesetzte Fortdauer der Gesellschaft ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter. Die Gesellschafter können die Fortdauer der Gesellschaft für die übrig bleibenden Theilhaber für den Fall verabreden, daß einer oder mehrere der Gesellschafter ausscheiden. Der Art. fordert, daß sie diese Verabredung **vor** der Auflösung treffen. Damit ist nicht gesagt, daß die Verabredung, um wirksam zu sein, schon im Gesellschaftsvertrage enthalten sein müsse, sondern es liegt darin nur der Grundsatz ausgesprochen, daß eine derartige Uebereinkunft nur durch den übereinstimmenden Willen sämmtlicher Gesellschafter, auch des ausscheidenden, zu Stande kommen kann.

Da nämlich mit der Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter ein Verzicht auf die Liquidation verbunden ist und der ausscheidende Gesellschafter dadurch gewissen Beschränkungen unterworfen wird (Art. 130, 131), so können ihm diese Beschränkungen, außer in den Fällen der Art. 127 und 132, nicht ohne seine Zustimmung auferlegt werden [2]).

II. Die Verabredung der Fortsetzung der Gesellschaft kann sich

---

[1]) Vgl. oben S. 274 §. III.

[2]) Erk. des OAGer. zu **Dresden** v. 2. Juni 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 439.

auf sämmtliche Arten des Ausscheidens eines Theilhabers beziehen oder nur auf einzelne Arten; sie umfaßt sämmtliche Arten und Fälle, wenn sie nicht ausdrücklich auf einzelne bestimmte Fälle eingeschränkt ist. So kann die Fortsetzung beispielsweise nur für den Fall des Todes eines der Gesellschafter verabredet sein oder nur für den Fall des Todes eines bestimmten Gesellschafters, nicht auch für den Fall der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigung oder des Konkurses eines Gesellschafters.

III. Die Bestimmung des Art. kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer der Gesellschafter immer noch eine Mehrheit von Gesellschaftern übrig bleibt. Eine offene Handelsgesellschaft setzt zu ihrer Entstehung wie zu ihrer Fortdauer das Vorhandensein von mindestens zwei Gesellschaftern voraus (Art. 85), ist also nur noch ein einziger Gesellschafter vorhanden, so hat die Gesellschaft zu bestehen aufgehört und kann von dem übrig bleibenden Gesellschafter allein nicht fortgesetzt werden.

Verschieden hiervon ist aber die Frage, ob der übrig bleibende Gesellschafter nicht das bisherige Geschäft der Gesellschaft sammt Firma fortsetzen, d. h. übernehmen kann, vorausgesetzt, daß dies mit Einwilligung des ausgetretenen Gesellschafters oder der Erben desselben geschieht (Art. 22, 24). Die Frage ist zu bejahen und zwar sowohl in dem Falle, wenn das Uebereinkommen von den Gesellschaftern selbst getroffen wird (Art. 24) [3]), als auch dann, wenn der Vertrag erst mit den Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters geschlossen wird. Die Erben können statt zu liquidiren dem übrig bleibenden Gesellschafter ihren Antheil am Geschäfte und somit das letztere ganz überlassen und dabei zugleich in die Fortführung der Firma willigen (Art. 22) [4]). Die Erben eines Gesellschafters würden die rechtliche Möglichkeit einer solchen Ueberlassung des Geschäftes sammt Firma auch in der Weise erreichen können, daß sie die Gesellschaft nach dem Tode ihres Erblassers erst mit dem Ueberlebenden fortsetzen (S. 276) und sodann unter Bewilligung der Fortführung der Firma aus derselben ausscheiden.

---

3) „Unser A. Hirschberg übernimmt das Geschäft mit sämmtlichen Aktiven und Passiven und wird dasselbe unter der bisherigen Firma Werneck und Hirschberg für seine alleinige Rechnung weiter führen."

4) Uebereinstimmend v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. XIII S. 397—403 (gegen Schlomka bei Busch IV S. 67 f.), v. Hahn Bd. I S. 76 und 330. Erk. des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg v. 23. März 1863 und v. 30. April 1866 in der Sammlung dieses Ger.-Hofes Bd. I S. 174 und Bd. II S. 313 (Centralorgan 1863 S. 155).

Art. 128.

Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125), so kann anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämmtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen.

Pr. Entw. Art. 123. — I. Entw. Art. 122. — II. Entw. Art. 123. — Prot. S. 238, 242, 1008.

I. Der Art. enthält die zweite Ausnahme von dem Satze, daß das Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht blos für den Ausscheidenden sondern auch für die übrigen auflöst. Die partielle Auflösung, verbunden mit der Fortdauer der Gesellschaft für die übrig bleibenden Theilhaber, kann auch eintreten, nicht blos in Folge Vertrages (Art. 127, 132), sondern kraft gerichtlichen Urtheiles, insofern gegen einen oder mehrere Gesellschafter unter den im Art. enthaltenen Voraussetzungen auf Ausschließung anstatt auf Auflösung geklagt wird.

II. Gründe der Ausschließung.

Die Ausschließungsklage ist nur aus Gründen zulässig, welche in der Person des Gesellschafters liegen, also aus den in Ziff. 2 bis 5 des Art. 125 aufgeführten Gründen, welche sich in die zwei Kategorieen einer Verschuldung gegen die Gesellschaft und persönlicher Unfähigkeit zusammenfassen lassen. Es beruht auf der Billigkeit, wenn in diesen Fällen die übrigen Gesellschafter nicht verpflichtet sind, zu allen sonstigen Nachtheilen, die ihnen durch das Verschulden oder die Unfähigkeit des Theilhabers entstehen, auch noch die Nachtheile und Kosten der Auflösung und Liquidation zu tragen, vielmehr ist die Fortsetzung der Gesellschaft ihrem übereinstimmenden Willen anheimgestellt. Entscheiden sie sich einstimmig gegen die Auflösung und für die Fortsetzung, so können sie die letztere dadurch erreichen, daß sie sämmtlich die Klage auf Ausschließung des schuldigen oder unfähigen Gesellschafters anstellen.

Der Art. verlangt die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob sie von der Vertretung ausgeschlossen sind oder nicht; diese letztere Unterscheidung kommt hier deshalb nicht in Betracht, weil die Frage der Auflösung oder Fortdauer der Gesellschaft eine innere Angelegenheit der Societät ist.

III. Wird vom Gerichte auf Ausschließung erkannt, so hat dies die Wirkung, daß der Ausgeschlossene nicht die Liquidation der Gesellschaft fordern kann, sondern sich mit der Berechnung und Auszahlung seines

Gesellschafts-Antheiles nach Maßgabe der Art. 130 und 131 begnügen muß. Der in dieser Hinsicht gegen den Ausgeschlossenen zulässige Zwang beruht auf gesetzlicher Vorschrift in Verbindung mit dem auf Ausschließung lautenden gerichtlichen Erkenntnisse, während derselbe Zwang, wenn ihn die übrig bleibenden Gesellschafter gegen einen Ausgeschiedenen geltend machen, auf gesetzlicher Vorschrift in Verbindung mit einem auch den Ausscheidenden bindenden Vertrage beruht (Art. 127).

IV. Die Bestimmung des Art. ist nicht dahin zu verstehen, daß die Ausschließung anstatt der Auflösung nothwendig erfolgen müßte, sobald die übrigen Gesellschafter einstimmig die erstere auf Grund der Ziff. 2 bis 5 des Art. 125 beantragen, sondern die Vorschrift lautet nur dahin, daß der Richter alsdann auf Ausschließung erkennen kann. Der Richter wird also in jedem einzelnen Falle die besonderen Verhältnisse zu berücksichtigen haben, die mehr oder weniger verwickelte Geschäftslage, die größeren oder geringeren Nachtheile einer Liquidation und einer unvorbereiteten Einstellung des Betriebes, ferner aber auch die größeren oder geringeren Nachtheile, welche für die Gesellschaft durch die Schuld des auszuschließenden Gesellschafters bereits entstanden sind.

Art. 129.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft geschieht, in das Handelsregister eingetragen werden.

Diese Eintragung muß selbst dann geschehen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird.

Gleich der Auflösung der Gesellschaft muß auch das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden.

Das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Anmeldung dieser Thatsachen von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Dritten Personen kann die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus derselben nur insoferne entgegengesetzt werden, als hinsichtlich einer solchen Thatsache die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 25 hinsichtlich

des Erlöschens der Firma oder der Aenderung ihrer Inhaber die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Pr. Entw. Art. 124. — I. Entw. Art. 123. — II. Entw. Art. 124. — Prot. S. 239, 1004, 1008.

Ueber die Eintragung in das Handelsregister und über die rechtliche Wirkung der erfolgten wie der unterlassenen Eintragung s. die Erläuterungen zu Art. 86—89. Die Eintragung der Auflösung muß selbst dann erfolgen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der vertragsmäßigen Zeit aufgelöst ist, vorbehaltlich jedoch der stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft (Art. 123 Ziff. 5), durch welche die Auflösung inhibirt wird.

Im Falle des Konkurses der Handelsgesellschaft wird die Auflösung nicht auf Betreiben der Parteien sondern von Amtswegen in das Handelsregister eingetragen, das Nähere hierüber bestimmen die Einführungsgesetze [1]).

Auch der Abs. 5 des Artikels bezieht sich nicht auf die Auflösung durch Konkurs der Gesellschaft.

Art. 130.

Wenn ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird, so erfolgt die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit demselben auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung befindet.

An den späteren Geschäften, Rechten und Verbindlichkeiten nimmt der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene nur insofern Antheil, als dieselben eine unmittelbare Folge dessen sind, was vor jenem Zeitpunkte bereits geschehen war.

Der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene muß sich die Beendigung der laufenden Geschäfte in der Weise gefallen lassen, wie sie nach dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter am vortheilhaftesten ist.

---

[1]) Preuß. Einf.-Ges. Art. 13 und preuß. Ministerialinstruktion §. 57; bayer. Minist. Instruction §. 17. In jedem Falle wird die Veröffentlichung dieser Art der Auflösung bereits durch die gerichtliche Publikation der Konkurseröffnung erreicht.

Jedoch ist er, wenn eine frühere vollständige Auseinandersetzung nicht möglich ist, berechtigt, am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnungsablage über die inzwischen erledigten Geschäfte, sowie die Auszahlung der ihm hiernach gebührenden Beträge zu fordern; auch kann er am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres den Nachweis über den Stand der noch laufenden Geschäfte fordern.

Pr. Entw. Art. 126. – I. Entw. Art. 124. — II. Entw. Art. 125. — Prot. S. 243, 1008.

I. Zwischen dem ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter und der fortgesetzten Handelsgesellschaft besteht bis zur gänzlichen Ausschüttung des dem ersteren zukommenden Antheiles eine Gemeinschaft, welche in der im Art. vorgezeichneten und die Interessen der fortgesetzten Gesellschaft möglichst schonenden Weise nicht durch einen einzigen Akt sondern allmählich beendigt werden soll, ohne daß der Ausscheidende oder Ausgeschlossene der Willkür der Gesellschafter preisgegeben ist [1]).

II. Zu Abs. 1 und 2 des Artikels.

Im Falle der Ausschließung erfolgt die Auseinandersetzung nicht auf Grund derjenigen Vermögenslage, in welcher die Gesellschaft sich am Tage der Rechtskraft des die Ausschließung aussprechenden Erkenntnisses befand, sondern auf Grund der Vermögenslage zur Zeit der Behändigung (Insinuation) der Klage auf Ausschließung. Es könnte an sich betrachtet nahe liegen, den letzteren Termin als den entscheidenden zu betrachten, allein die Motive (S. 69) heben die Gründe hervor, aus welchen dieser Termin nicht maßgebend sein kann. Der auszuschließende Gesellschafter könnte während des Prozesses die Gesellschaft durch neue Geschäfte benachtheiligen und den Prozeß in frivoler Weise zu seinen Gunsten verzögern.

Zu Abs. 2.

Spätere Geschäfte sind für den Ausgeschiedenen dann verbindlich, wenn sie zur Abwickelung und Beendigung schwebender Geschäfte geschlossen sind. Die Bestimmung in Art. 137 Abs. 1 a. E. hinsichtlich der Liquidatoren findet auch hier analoge Anwendung (Prot. S. 246, 1008).

---

[1]) Aehnlich behandelt das römische Recht das Verhältniß zwischen den Erben eines verstorbenen Socius und dem übrig gebliebenen Gesellschafter, L. 40 D. pro socio: ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent. Dasselbe Verhältniß wird von Cujacius als Communio necessaria, non autem societas voluntaria bezeichnet (Observat. X, 35).

III. Zu Abs. 4.

1) Dem ausgeschiedenen Gesellschafter steht die Klage auf Rechnungslage und auf Auszahlung der ihm gebührenden Beträge schon vor Ablauf des Geschäftsjahres nur dann zu, wenn er die Möglichkeit einer früheren Auseinandersetzung beweist, und nur mit dieser Einschränkung ist er an das Ermessen der übrigen Gesellschafter gebunden. Auch sind die ihm gebührenden Beträge nicht blos dann auszuzahlen, wenn sie entbehrlich sind; dies geht aus der absichtlich gewählten Verschiedenheit der Fassung im Abs. 5 von derjenigen in Art. 141 Abs. 1 hervor (Prot. S. 245, 246).

2) Nicht berührt ist im Art. die Befugniß des Ausgeschiedenen zur Einsicht der Bücher und Papiere der Gesellschaft bis zur Beendigung der Auseinandersetzung. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen derjenigen Periode des Geschäftsbetriebes, welche bis zum Tage des Ausscheidens des Gesellschafters reicht, und der späteren Periode. Rücksichtlich der ersteren Periode kann er die Einsicht der Bücher und Papiere zu jeder Zeit fordern [2]). Rücksichtlich des späteren Geschäftsbetriebes tritt dagegen an die Stelle dieser Befugniß die Verpflichtung der übrigen Gesellschafter zur Rechnungslegung nach Maßgabe dieses Artikels. Bei Streitigkeiten über die Auseinandersetzung kann die Vorlage der Handelsbücher nach Art. 40 gerichtlich verordnet werden.

IV. Ueber die Fortdauer der Haft des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters für die Schulden der Gesellschaft s. Art. 146. Diese Haft besteht nur den Gesellschaftsgläubigern gegenüber fort und zwar bis zum Ablaufe der Verjährung nach Art. 146 f., nicht aber im Verhältnisse zu den übrigen Gesellschaftern. Denn mit den letzteren erfolgt die Abrechnung über die vorhandenen Passiva bei der Auseinandersetzung; der Antheil des Ausscheidenden an den Schulden wird ihm bei der Berechnung seines Gesellschaftsantheiles abgezogen. Der preuß. Entwurf (Art. 126) hatte hier die Bestimmung, daß der Ausgeschiedene nach Ablauf eines Jahres seine Entlastung von den Gesellschaftsschulden fordern dürfe. Da eine derartige Bestimmung in das HGB. nicht aufgenommen ist, so kommen hinsichtlich der Sicherstellung, welche der Ausscheidende wegen künftiger Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger verlangen kann, die civilrechtlichen Grundsätze zur Anwendung [3]).

---

[2]) Erk. des Kammergerichts zu Berlin, Berliner Börsenzeitung v. 19. Febr. 1869. Auch der Art. 105 kann analog hier angewendet werden.

[3]) Vgl. preuß. Landr. I, 17, §. 302: „Soweit der austretende Gesellschafter den übrigen den zur Tilgung seines Antheiles an den gemeinschaftlichen

Art. 131.

Ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter muß sich die Auslieferung seines Antheils am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen; er hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft.

Pr. Entw. Art. 127. — I. Entw. Art. 125. — II. Entw. Art. 126. — Prot. S. 247, 1008.

I. Weder durch die Bestimmungen des Art. 130 noch durch diejenigen des Art. 131 ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß sich die übrigen Gesellschafter mit den ausscheidenden vertragsmäßig über andere Modalitäten der Auseinandersetzung einigen, und es steht auch nicht etwa den Gläubigern der Gesellschaft ein Widerspruchsrecht hinsichtlich dieser inneren Angelegenheit der Gesellschaft zu. Es erscheint zweckmäßig, diese Vertragsfreiheit der Betheiligten ausdrücklich hervorzuheben, weil die in der Praxis vielfach herrschende irrige Ansicht über die angeblich absolute Natur der Liquidation leicht zu der eben so unbegründeten Annahme führen könnte, auch die Vorschriften über die Auseinandersetzung in den Art. 130 und 131 seien in dem Sinne zwingender Natur, daß sie ungeachtet einer entgegenstehenden einstimmigen Festsetzung der sämmtlichen Betheiligten zur Anwendung kommen müßten. So ist es beispielsweise zulässig, daß der Ausscheidende seinen Gesellschaftsantheil den übrigen Gesellschaftern kaufsweise überläßt, daß er sich ein für allemal mit einer bestimmten Summe abfinden läßt und auf jede weitere Auseinandersetzung verzichtet [1]).

II. Auch noch in einem anderen Sinne ist die Vorschrift des Art. 131 nicht zwingender Natur. Die Bestimmung geht nur dahin, daß der Ausgeschiedene sich die Auszahlung seines Antheiles in Geld gefallen lassen muß; der Art. spricht ihm nur das Recht auf Naturaltheilung ab, er kann die Aushändigung von Naturalantheilen an den einzelnen Objekten nicht verlangen.

Schulden erforderlichen Fonds zurückläßt, kann er fordern, daß sie in einer zu bestimmenden Zeit die erfolgte Befriedigung dieser Societätsgläubiger oder seine von deren Ansprüchen bewirkte Befreiung nachweisen." §. 303: „Dabei findet alles statt, was in einem gleichen Falle wegen der sich auseinandersetzenden Miterben verordnet ist (§. 147 f.)"

[1]) Eine andere Frage ist, ob ein solcher Ueberlassungsvertrag in jeder Hinsicht als ein Kauf und Verkauf anzusehen ist, namentlich hinsichtlich der Höhe des Stempels. Die letztere Frage ist verneint im Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 18. Mai 1863 in Striethorst's Archiv f. Rechtsf. Bd. 48 S. 338.

Allein daraus, daß der Ausgeschiedene verpflichtet ist, die Auszahlung in Geld anzunehmen, folgt nicht, daß er nun auch berechtigt wäre, gerade diese Art der Auslieferung seines Antheiles zu verlangen und jede andere zurückzuweisen; der Art. gibt ihm eine solche Berechtigung nicht. Vielmehr ist er verpflichtet, auch Naturalantheile an den Objekten des Gesellschaftsvermögens namentlich Antheile an den Gesellschaftsforderungen anzunehmen, wenn dies die Auseinandersetzung mit sich bringt und in der Ueberweisung kein Dolus gegen ihn liegt. Der Ausgeschiedene kann nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen, als er haben würde, wenn die Liquidation der Gesellschaft eingetreten wäre. Entstehen bei der Auseinandersetzung Streitigkeiten, so unterliegen dieselben der richterlichen Entscheidung (Art. 142 Abs. 2).

Art. 132.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem nach Art. 126 ihm zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines einstimmigen Beschlusses statt der Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung und die Auslieferung des Antheils des Schuldners nach den Bestimmungen der vorhergehenden Artikel vornehmen; der letztere ist dann als aus der Gesellschaft ausgeschieden zu betrachten.

Prot. S. 4639, 5144.

Fünfter Abschnitt.

Von der Liquidation der Gesellschaft.

Keyßner, die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. X und als Separatabdruck Erlangen 1866.

Art. 133.

Nach Auflösung der Gesellschaft außer dem Fall des Konkurses derselben erfolgt die Liquidation, sofern diese nicht

durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter als Liquidatoren. Ist einer der Gesellschafter gestorben, so haben dessen Rechtsnachfolger einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen.

Auf den Antrag eines Gesellschafters kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter erfolgen. Der Richter kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen oder als solche beiordnen, welche nicht zu den Gesellschaftern gehören.

Pr. Entw. Art. 128. — I. Entw. Art. 127. — II. Entw. Art. 127. — Prot. S. 250. 1018. 1028 f. 1048 f. 4539.

I. Eintritt der Liquidation.

Die Liquidation einer Handelsgesellschaft stellt sich dar als ein durch das Gesetz geregeltes außergerichtliches Theilungsverfahren zum Zwecke der Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander. Das Institut der Liquidation ist durch das A. D. HGB. neu geregelt worden, nachdem dasselbe theils aus dem Handelsgebrauche theils aus dem spanischen und holländischen Handelsgesetzbuche bereits in die neueren Entwürfe von Handelsgesetzbüchern übergegangen war [1]).

Eine wesentliche Eigenthümlichkeit der Liquidation besteht darin, daß lediglich für die Zwecke dieser Art der Auseinandersetzung die Gesellschaft ungeachtet ihrer Auflösung als fortbestehend fingirt wird (Art. 137) und daß namentlich die Firma sowie der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation fortdauern (Art. 144). Ohne diese gesetzliche Fiction würde nach Auflösung der Gesellschaft nur noch eine bloße Gemeinschaft (communio incidens) bestehen.

Die Bestimmung des Art. ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die Liquidation die nothwendige Folge jeder Auflösung der Gesellschaft sein müsse und daß das Handelsgericht berechtigt und verpflichtet sei, bei Anmeldung der Auflösung auch auf die Anmeldung von Liquidatoren zu bringen, oder daß jeder einzelne Gesellschafter ohne Rücksicht auf die bestehenden vertragsmäßigen Festsetzungen in jedem Falle ein Recht auf

---

[1]) Vgl. Brinckmann §. 52 S. 190 f. Ein anderer, hauptsächlich in Wien gebräuchlicher Ausdruck für die Liquidation ist die Stralzirung, Stralzirungsfirma, Stralzirfirmanten (Liquidatoren), vom italien. stralcio, gütliche Auseinandersetzung und Abwicklung der Schulden.

Vornahme der Liquidation habe. Dieser letzteren Annahme hat sich die gerichtliche Praxis anfänglich zugeneigt [2]), während gegenwärtig die entgegenstehende Auffassung mit Recht mehr und mehr Platz greift.

Für den Satz, daß die gesetzliche Vorschrift über den Eintritt der Liquidation absolut zwingender Natur sei und daß das Liquidationsverfahren in jedem Falle eingeleitet werden müsse, hat man sich hauptsächlich auf den Wortlaut des Art. 133 berufen: die Liquidation erfolgt. Allein es ist nirgends im Gesetzbuche bestimmt, daß die Frage der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern der vertragsmäßigen Disposition der letzteren entzogen sei [3]). Vielmehr gilt auch hier als oberster Grundsatz die im Art. 90 aufgestellte Regel, daß sich das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet. Denn die Frage, in welcher Weise die Gesellschafter die Theilung und Auseinandersetzung der aufgelösten Gesellschaft bewirken wollen, gehört im eminentesten Sinne des Wortes zu den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander. Wollte man aber entgegenhalten, daß es sich bei der Liquidation auch um die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu dritten Personen, nämlich zu den Gläubigern, handele und daß deshalb der Eintritt der Liquidation nicht von dem Belieben der Parteien abhängig gemacht werden könne, so würde man hierbei ganz übersehen, daß die Liquidation das Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten überall nicht verändert. Die Rechte der Gesellschaftsgläubiger bleiben bei der Liquidation völlig intakt und die Gläubiger haben nicht das Recht, auf Liquidation der Gesellschaft anzutragen oder sich in die Wahl der Liquidatoren einzumischen [4]); die Gläubiger sind vielmehr auf die Einklagung ihrer Forderungen im Prozeßwege zu verweisen.

Ebensowenig bietet der Art. 135 eine Stütze für die absolute Nothwendigkeit der Liquidation. Denn wenn dieser Artikel vorschreibt, daß die

---

[2]) Vgl. Schlomka in Busch' Archiv Bd. II S. 68 und das Erk. des App.-Ger. zu Leipzig v. 2. Mai 1863 in Busch' Archiv Bd. IV S. 90. S. dagegen die Erläuterungen zu Art. 123 Ziff. 2 u. 5 und zu Art. 127, woselbst diese Frage ausführlich erörtert worden ist, und ferner noch das Erk. des OAGer. zu Dresden v. 30. Dez. 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 440 und v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. XIII S. 391.

[3]) Auch der Art. 123 bestimmt: „Die Gesellschaft wird aufgelöst —", während es gleichwohl ganz von dem übereinstimmenden Willen aller Betheiligten abhängt, ob sie die Auflösung eintreten lassen wollen oder nicht. S. die Erläuterungen zu Art. 123.

[4]) Erk. des Handelsappell.-Ger. zu Nürnberg v. 10. April 1865 in der Sammlung der Handelsger.-Entscheid. Bd. II S. 49 und in Busch' Archiv Bd. VII S. 363.

Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden sind, so bezieht sich dies nur auf den Fall, wenn Liquidatoren überhaupt bestellt sind. Diese Bestimmung betrifft nur die Anmeldung, nicht die Bestellung der Liquidatoren. Tritt die Liquidation in Folge anderweiter Verabredungen der Parteien überhaupt nicht ein, so können auch eine Liquidatoren angemeldet und die im Abs. 3 des Art. 135 angedrohten Ordnungsstrafen nicht erkannt werden. Diese Strafen stehen auf der Unterlassung der Anmeldung, nicht der Bestellung.

Die Annahme, daß die Liquidation auch gegen den übereinstimmenden Willen der Betheiligten herbeigeführt werden müsse, ist hauptsächlich auf die theilweise Neuheit des Institutes und auf eine Verwechslung mit der Stellung des Richters im Konkurse der Gesellschaft zurückzuführen. Leugnen läßt sich nicht, daß durch jene Annahme bedeutende Vermögensinteressen gefährdet werden können, indem Gesellschaftsfirmen, welche einen Vermögenswerth haben, durch die zwangsweise Liquidation selbst gegen den Willen der Betheiligten zum Erlöschen gebracht werden. Aus dem Interesse der Betheiligten an der Erhaltung der Gesellschaftsfirma erklärt sich die von manchen Gerichten beklagte Abneigung der Kaufleute gegen die Liquidation.

II. Richterliche Ernennung der Liquidatoren. (Abs. 2.)

Die Frage, welche Personen das Liquidationsgeschäft besorgen sollen, ist zunächst eine innere Angelegenheit der Gesellschafter, den Gläubigern steht dabei ein Recht der Einmischung nicht zu. Die Gesellschafter können bereits im Gesellschaftsvertrage diese Frage erledigen und die derzeitige Liquidation bestimmten Gesellschaftern oder aber fremden Personen übertragen, und dasselbe kann jederzeit durch einen einstimmigen Beschluß der Gesellschafter geschehen. Fehlt es an einer derartigen vertragsmäßigen Bestimmung, so verbleibt es bei der Regel, daß die Liquidation durch sämmtliche bisherige Gesellschafter in Gemeinschaft und als Kollektivvertreter erfolgt (Art. 133 Abs. 1 und Art. 136). Eine besondere Bestimmung des Art. bezieht sich auf die Vertretung eines verstorbenen Gesellschafters.

Eine Einmischung des Gerichtes findet, abgesehen von Vormundschafts- und ähnlichen Fällen, nur statt, wenn ein Gesellschafter oder der Vertreter eines Gesellschafters bei Gericht den Antrag auf richterliche Ernennung der Liquidatoren stellt. Dies ist zulässig aus wichtigen Gründen, ohne Rücksicht darauf, ob eine vertragsmäßige Bestimmung über die Liquidation vorliegt oder nicht, und zwar kann der Antrag schon vor Beginn, nicht erst während der Liquidation gestellt werden [5]).

---

[5]) Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 1. Nov. 1864 in Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle Bd. 57 S. 53 und Busch' Archiv Bd. VI S. 39.

Da das Gesetzbuch sich nicht darüber ausspricht, welcher Natur die Gründe sein müssen, so entscheidet demnach über die Zulässigkeit des Antrages das richterliche Ermessen [6]). Die Gründe können verschiedenartig sein. Dieselben liegen entweder in der Person eines Liquidators oder Gesellschafters, und es kommen hierbei die in Art. 125 Ziff. 2 bis 5 aufgezählten Gründe vorzugsweise in Betracht, oder sie sind durch die allgemeine Lage der aufgelösten Gesellschaft gegeben. Gründe der letzteren Art sind: die zu große Zahl der Gesellschafter oder der Vertreter von Gesellschaftern, entfernter Wohnsitz einzelner Betheiligter, Uneinigkeit der Gesellschafter [7]).

Ueber das Verfahren, in welchem der Antrag vom Handelsgerichte zu erledigen ist, enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen. Es ist zu unterscheiden, ob einer der Betheiligten Widerspruch gegen den Antrag erhebt oder nicht; im letzteren Falle erfolgt die Entscheidung und eventuell die Ernennung des Liquidators im beschleunigten Verfahren nach Anhörung der Betheiligten durch einfachen Beschluß des Gerichtes [8]), im ersteren Falle findet der gewöhnliche Prozeßweg statt [9]).

Findet das Gericht den Antrag für begründet, so hat es auch in der Auswahl der Personen, welche zu Liquidatoren bestellt werden sollen, freie Hand; es können sowohl Gesellschafter als fremde Personen dazu ernannt werden, und zwar auch einzelne Gesellschafter mit Fremden zugleich, das Gericht kann je nach dem Umfange des Geschäftes einen oder mehrere Liquidatoren bestellen und es kann im letzteren Falle jedem die Befugniß ertheilen, einzeln zu handeln oder nicht (Art. 136) [10]). Das Gericht kann den von ihm ernannten Liquidatoren auch Instruktionen über die Geschäftsführung ertheilen, vorbehaltlich des gleichen Rechtes der Gesellschafter nach Art. 140, dergleichen Anweisungen haben aber Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung (Art. 138).

Zur Annahme der Wahl ist weder ein Gesellschafter noch ein Fremder und ferner weder der vom Richter ernannte noch der von den Gesellschaftern gewählte Liquidator verpflichtet, jedoch kann die Wahl und die damit zusammenhängende Verpflichtung im Voraus angenommen werden, namentlich im Gesellschaftsvertrage.

---

6) Vgl. auch Art. 103.

7) Keyßner a. a. O. S. 28.

8) Vgl. Keyßner a. a. O. S. 28 f.

9) Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 1. Nov. 1864 in Busch' Archiv Bd. VI S. 39.

10) Ueber die verschiedenen Gesichtspunkte, welche bei der Auswahl der Persönlichkeiten in Betracht kommen, vgl. Keyßner a. a. O. S. 30, Brinckmann §. 52.

III. Durch die Bestellung von besonderen Liquidatoren wird den Gesellschaftern die Befugniß nicht entzogen, über das Gesellschaftsvermögen durch gemeinsame Handlungen [11]) selbstständig zu disponiren [12]).

Die gemeinsamen Handlungen (Art. 140) der Gesellschafter können demnach mit den Handlungen der Liquidatoren konkurriren und in solchen Fällen kommt derselbe Grundsatz zur Anwendung, welcher auch im Verhältnisse zwischen Prinzipal und Prokuristen gilt: es gehen nicht etwa schlechthin die gemeinsamen Handlungen der Gesellschafter vor, sondern es ist diejenige Handlung auch Dritten gegenüber maßgebend, welche entscheiden würde, wenn beide Handlungen nach einander von einer und derselben Person vorgenommen wären [13]).

IV. Anwendbarkeit des Liquidationsverfahrens auf Handelsgesellschaften, welche vor dem A. D. HGB. errichtet sind.

Da die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, sowie sie im HGB. gegenwärtig ausgebildet ist, in mancher Hinsicht neu ist, so hat man die Frage aufgeworfen, ob das Liquidationsverfahren des HGB. auch auf solche Handelsgesellschaften Anwendung finde, welche vor dem HGB. errichtet sind.

Die Frage ist mit der Maßgabe zu bejahen, daß auch bei diesen Gesellschaften zunächst die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sowie die späteren Verabredungen der Gesellschafter über die Art der Auseinandersetzung entscheiden und daß gegen vertragsmäßige Verabredungen, durch welche die Liquidation ausgeschlossen wird, sowie überhaupt gegen den übereinstimmenden Willen sämmtlicher Gesellschafter oder ihrer Rechtsnachfolger das Liquidationsverfahren von Amtswegen hier so wenig eingeleitet werden kann als bei anderen Gesellschaften. Fehlt es aber an solchen vertragsmäßigen Festsetzungen und wird von einem Gesellschafter oder einem Rechtsnachfolger desselben nach Maßgabe der Art. 133 f. auf Liquidation oder speziell auf Ernennung von Liquidatoren durch den Richter angetragen, so kann diesem Antrage nicht mit dem Einwande begegnet werden, daß das HGB. keine rückwirkende Kraft habe [14]). Vielmehr

---

[11]) Nicht aber durch einseitige Verfügungen eines einzelnen Gesellschafters über seinen Antheil. Vgl. Erk. des Handels-App.-Ger. zu Nürnberg v. 14. Dez. 1863 in der Sammlung Bd. I S. 375.

[12]) A. M. das Erkenntniß des O.-Trib. zu Berlin v. 27. Sept. 1866 in Striethorst's Archiv für Rechtsfälle des K. O.-Trib. Bd. 64 S. 265.

[13]) Vgl. die in Band I S. 329 und 330 angeführten Beispiele.

[14]) Erk. des Handelsappell.-Ger. zu Nürnberg vom 30. April 1866 in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 313.

werden wohlerworbene Rechte durch die Anwendung des HGB's. in diesem Falle überall nicht verletzt. Denn wenn die Gesellschafter eine vertragsmäßige Bestimmung über die Art der Auseinandersetzung nicht getroffen haben, so haben sie sich rücksichtlich der rechtlichen Folgen der Auflösung der Gesellschaft demjenigen Rechte unterworfen, welches im Zeitpunkte der Auflösung gilt. Es kommt hier der allgemeine Grundsatz zur Anwendung, daß neue Gesetze auf schon bestehende dauernde Rechtsverhältnisse dann anzuwenden sind, wenn sich die Thatsache, um deren rechtliche Folgen es sich handelt, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ereignet [15]).

Art. 134.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter; sie kann auch auf den Antrag eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen durch den Richter erfolgen.

Pr. Entw. Art. 129. – Prot. S. 250, 4529.

Auch die vom Richter ernannten Liquidatoren sind nur Mandatare und Vertreter der Gesellschafter, nicht des Gerichtes, sie können ebenso abberufen werden wie die übrigen [1]). Zur Abberufung ist jedoch wiederum Einstimmigkeit der Gesellschafter erforderlich; findet der Antrag auf Abberufung Widerspruch, so entscheidet darüber auf Anrufen eines Gesell-

---

[15]) Savigny, System Bd. VIII S. 531. Der Grundsatz ist rücksichtlich der Handelsgesellschaften ganz allgemein ausgesprochen im bayer. Einf.-Ges. Art 40: „Im Uebrigen sind die Rechtsverhältnisse der vor Einführung des A. D. HGB. errichteten Handelsgesellschaften und ihrer Mitglieder als solcher bezüglich der nach Einführung desselben begründeten Rechte und Verbindlichkeiten nach den unter ihnen geschlossenen Verträgen und, soweit diese nichts bestimmen, nach den Vorschriften des allgemeinen deutschen HGB. zu beurtheilen. Dasselbe gilt von den stillen Gesellschaftern und den Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung." Vgl. auch bayer. Einf.-Ges. Art. 37 und Lutz' Komment. S. 110 u. 118. Auch der Bestimmung des preuß. Einf.-Ges. Art. 68 liegt dasselbe Prinzip zu Grunde, vgl. Koch zu dies. Artikel.

[1]) Die Frage wurde bei den Berathungen als eine offene bezeichnet (Prot. S. 4529), indeß ist die Ausdehnung unbestritten.

schafters der Richter. Die Abberufung erfolgt übrigens stets unbeschadet der Rechte aus dem etwa bestehenden Dienstvertrage (Art. 54).

Die Bestimmung des Art. bezieht sich nicht blos auf die förmliche Abberufung der Liquidatoren, sondern auch auf alle nachträglichen Einschränkungen derselben (Art. 140, 136).

Art. 135.

Die Liquidatoren sind von den Gesellschaftern beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; sie haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen ist gleichfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Gesellschafter sind zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Dritten Personen kann die Ernennung von Liquidatoren, sowie das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen nur insofern entgegengesetzt werden, als hinsichtlich dieser Thatsachen die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 25 und 46 hinsichtlich einer Aenderung der Inhaber einer Firma oder des Erlöschens einer Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Pr. Entw. Art. 130. — I. Entw. Art. 133. — II. Entw. Art. 128. — Prot. S. 251, 1013, 1048.

Die Bestimmungen dieses Art. kommen nur dann zur Anwendung, wenn überhaupt die Liquidation eingetreten ist, nicht aber kann der Richter auf Grund dieses Art. die Gesellschafter zur Anmeldung von Liquidatoren dann zwingen, wenn der übereinstimmende Wille der Gesellschafter dahin geht, daß die Auseinandersetzung unter ihnen nicht durch die Liquidation sondern in anderer Weise stattfinden soll [1]).

Das Erlöschen der Vollmacht der Liquidatoren muß auch dann eingetragen werden, wenn dieselbe durch Beendigung der Liquidation er-

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 133 S. 294 bis 296.

lischt. Dies folgt nicht blos aus der allgemeinen Fassung des Abs. 2 des Art. sondern auch aus den Vorschriften über die Führung des Handelsregisters überhaupt. Der einzutragende Vormerk lautet dann einfach dahin: die Liquidation ist beendet[2]).

Art. 136.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen mit rechtlicher Wirkung nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können.

I. Entw. Art. 119. — II. Entw. Art. 129. — Prot. S. 251, 1011, 1028, 1048, 1051.

Ueber die aus der Kollektivvertretung folgenden Beschränkungen s. die Erläuterungen zu Art. 100 Abs. 1, welche hier wenigstens analog zur Anwendung kommen. Vgl. ferner Art. 144 Abs. 3.

Die Bestimmung des Art. findet auch dann Anwendung, wenn die sämmtlichen Gesellschafter als Liquidatoren fungiren[1]).

Art. 137.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten; sie können für dieselbe Vergleiche schließen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.

---

[2]) Die preuß. Ministerial-Instruktion v. 12. Dez. 1861 §. 16 hebt diese Eintragung ausdrücklich hervor, sie ist aber allgemeinen Rechtens.

[1]) Mit Recht ist diese schwerfällige Verwaltung als ein Nothstand bezeichnet worden, welcher aber die nützliche Folge haben kann, daß die Gesellschafter, um aus diesem Zustande herauszukommen, sich über die Bestellung von besonderen Liquidatoren einigen, sei es auch nur durch einen gemeinsamen Antrag auf richterliche Ernennung. S. Keyßner, Liquidation S. 27.

Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung, bewirkt werden.

Pr. Entw. Art. 131. — I. Entw. Art. 130. — II. Entw. Art. 130. — Prot. S. 251, 253, 1012, 4530.

I. Vergleiche und Kompromisse.

Die Befugniß der Liquidatoren, selbstständig Vergleiche für die Gesellschaft einzugehen und sich für die Gesellschaft schiedsrichterlichen Aussprüchen zu unterwerfen, ist in den Motiven zum preuß. Entwurfe deshalb als besonders wichtig bezeichnet, weil diese Rechtsgeschäfte bei Liquidationen besonders häufig vorkommen und zur Vereinfachung des Verfahrens dienen [1]).

II. Vertretung der Gesellschaft vor Gericht.

Die Liquidatoren sind auch die prozessualischen Vertreter der Gesellschaft, aktiv und passiv. Hieraus folgt jedoch nicht, daß auch die für die aufgelöste Gesellschaft zu leistenden Eide von den Liquidatoren und nicht von den früheren Gesellschaftern zu leisten sind. Vielmehr verbleibt es in dieser Hinsicht bei dem allgemeinen prozessualischen Grundsatze, daß regelmäßig nicht der Bevollmächtigte sondern der Vollmachtgeber den Parteieneid zu leisten hat [2]). Im Einzelnen findet hier dasjenige Anwendung, was rücksichtlich der Eidesleistung durch Prokuristen gilt [3]).

III. Neue Geschäfte.

Die Fortdauer der Gesellschaft wird nur insoweit fingirt, als dies für die Zwecke der Auseinandersetzung erforderlich ist. Daraus ergibt sich, daß neue Geschäfte durch die Liquidatoren nur insoweit abgeschlossen werden können, als sie zur Beendigung schwebender Geschäfte dienen [4]), denn nur dann fallen sie innerhalb der gesetzlichen Vollmacht der Liquidatoren. Diese Bestimmung gilt nicht blos im Verhältnisse der Liquidatoren unter einander oder zu den Gesellschaftern selbst, sondern auch Dritten gegenüber.

---

[1]) Ueber die rechtlichen Erfordernisse eines Kompromisses s. oben S. 120, 121 und Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 8. Oktober 1863 in Busch' Archiv Bd. V S. 251.

[2]) Thöl, ausgewählte Entscheidungsgründe des OAGer. zu Lübeck S. 27 Nr. 26; Goldschmidt's Zeitschr. Bd. X S. 374. Vgl. auch Centralorgan 1863 S. 19.

[3]) Bd. I S. 324—326.

[4]) Vgl. auch Art. 130 Abs. 2.

Die Vollmacht der Liquidatoren ist auch Dritten gegenüber eine gesetzlich begrenzte; dieselbe ist beschränkter als diejenige des Prokuristen, des offenen Gesellschafters oder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (Art. 231), sie gleicht der Vollmacht der im Art. 47 erwähnten Handlungsbevollmächtigten, die sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen erstreckt, welche die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich bringt [5]). Da den Liquidatoren nur die Ausführung der Liquidation, die Feststellung und Versilberung des Gesellschaftsvermögens und die Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander übertragen ist, so ergibt sich, daß der Dritte, mit welchem die Liquidatoren ein neues Geschäft abschließen, selbst prüfen muß, ob dasselbe zur Beendigung schwebender Geschäfte gehört oder nicht [6]). Denn im letzteren Falle hängt es von einem noch besonders zu fassenden einstimmigen Beschlusse der Gesellschafter ab, ob sie das Geschäft anerkennen wollen oder nicht [7]). Der Grad von kaufmännischer Vorsicht und Sorgfalt, welche der Dritte in dieser Hinsicht zu beobachten hat, ist nicht höher als diejenige Sorgfalt, welche ihn im Verkehre mit den Handlungsbevollmächtigten trifft und das Ganze wird dadurch gemindert, daß sowohl die Auflösung der Gesellschaft als die Bestellung der Liquidatoren in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht wird.

Findet beim Abschlusse eines neuen Geschäftes durch die Liquidatoren eine Ueberschreitung ihrer Befugnisse statt, so kommt rücksichtlich der Haft der Liquidatoren der Art. 55 des HGB. zur Anwendung [8]).

IV. Erwerb von Grundstücken und dinglichen Rechten an Immobilien durch die Liquidatoren.

Wenn die Beendigung der schwebenden Geschäfte und der Auseinandersetzung es mit sich bringt, so sind die Liquidatoren auch befugt, Grundstücke und dingliche Rechte an Immobilien für die Gesellschaft zu erwerben [9]). Mit anderen Worten, es macht keinen Unterschied, ob das neue

---

[5]) Auch von der Bestimmung über die neuen Geschäfte der Liquidatoren kann man sagen, was von dem Schlußsatze in Abs. 1 des Art. 47 gilt, daß sie nur eine Auslegung des vermuthlichen Inhaltes eines unbestimmten Auftrages enthält. Vgl. Bd. I S. 351 Anm. 16 und S. 353.

[6]) Dies findet auch auf Wechselverbindlichkeiten Anwendung, welche unter der Liquidationsfirma übernommen worden sind. Vgl. Keyßner a. a. O. S. 50, v. Hahn §. 5 zu Art. 137.

[7]) Vgl. im Einzelnen Keyßner a. a. O. S. 48—53.

[8]) Vgl. namentlich über die Einrede, daß der Dritte die Sachlage, wonach das Geschäft ein völlig neues war, gekannt habe, die Erläuterungen zu Art. 55 Bd. I S. 409.

[9]) A. M., hauptsächlich wegen Art. 275, wonach Verträge über Immobilien keine Handelsgeschäfte sind, Keyßner a. a. O. S. 52 u. Noack in

Geschäft sich auf den Erwerb von Mobilien oder von Immobilien bezieht, sofern es überhaupt nur zu dem Zwecke geschlossen wird, um vermittelst desselben die schwebenden Geschäfte in vortheilhafter Weise zu beendigen. Die in Abs. 2 des Art. enthaltene Beschränkung bezieht sich nur auf die Veräußerung, nicht auf den Erwerb von Immobilien. Ein solcher Erwerb kann für die Liquidatoren in bestimmten Fällen geboten erscheinen, namentlich gehören hierher folgende Fälle:

1) die Ersteigerung eines Grundstückes im Subhastationstermine, um eine eingetragene Forderung der Gesellschaft dadurch zu decken [10]),

2) Erwerb einer Hypothek, welche ein Schuldner für eine Forderung der Gesellschaft bestellt,

3) Annahme von Grundstücken und Hypothekenforderungen, welche ein Schuldner der Gesellschaft an Zahlungsstatt abtritt,

4) anderweitiger Erwerb von Hypothekenforderungen durch Cession.

V. Einziehung von Forderungen der Gesellschaft und Bezahlung von Schulden derselben.

Der Art. macht keinen Unterschied zwischen Forderungen der Gesellschaft gegen Dritte und solchen gegen einzelne Gesellschafter, die Liquidatoren sind folgeweise auch zur Einklagung der letzteren berechtigt; es ist also ohne Einfluß, ob der Schuldner zugleich Gesellschafter ist oder nicht [11]).

Indeß ist diese Befugniß nicht dahin auszudehnen, daß die Liquidatoren auch berechtigt wären, von den einzelnen Gesellschaftern die erforderlichen Beträge zur Bezahlung der Gesellschaftsschulden nach Verhältniß der Verlustantheile einzufordern [12]). Diese letztere Bestimmung fand sich zwar im preuß. Entwurfe (Art. 132) und lautete ganz allgemein dahin:

> Wenn der Kassenbestand zur Deckung der fälligen Schulden nicht hinreicht, so können die Liquidatoren von den Gesellschaftern die erforderlichen Zuschüsse fordern.

Busch' Archiv Bd. IV S. 211 f. Dieselben verneinen auch die Frage, ob im Hypothekenbuche Eintragungen auf die Liquidationsfirma erfolgen können (a. a. O. S. 204 f.); allein in demselben Umfange, in welchem die Vollmacht der Liquidatoren im HGB. anerkannt ist, muß dieselbe auch vom Hypothekenrichter anerkannt werden. Dasselbe gilt auch von der gesetzlichen Fiktion der Fortdauer der Gesellschaft, s. Art. 111.

[10]) Nicht dem Liquidator der Handelsgesellschaft sondern dem Verwalter der Konkursmasse ist diese Befugniß abgesprochen im Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 19. Juni 1865, Striethorst's Archiv f. Rechtsf. Bd. 57 S. 362.

[11]) Erk. des Handels-Appell.-Gerichtes zu Nürnberg v. 7. Januar 1864 in der Sammlung Bd. I S. 377 und in Busch' Archiv Bd. III S. 114.

[12]) A. M. nach dem früheren Rechte Brinckmann S. 193.

Die Zuschüsse sind von jedem Gesellschafter nach Verhältniß seines Antheiles am Verluste zu leisten.
Diese Bestimmung ist jedoch bei den Berathungen aus dem Grunde verworfen worden, weil dieselbe in ihrer Allgemeinheit dem im Art. 92 des HGB. aufgestellten Grundsatze widersprechen und leicht zu Chicanen Seitens der Liquidatoren führen würde (Prot. S. 253). Hieraus geht aber zugleich hervor, daß die Liquidatoren befugt sind, von den Gesellschaftern diejenigen Einlagen oder Rückstände von Einlagen einzuforden, zu deren Leistung sich dieselben vertragsmäßig verpflichtet hatten [13]), selbstverständlich jedoch auch hier unter Vorbehalt der Bestimmung des Art. 140.

VI. Abs. 2. Veräußerung von Immobilien.

1) Für die Veräußerung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Immobilien gilt als Regel die öffentliche Versteigerung [14]), welche jedoch nicht mit der gerichtlichen Versteigerung zu verwechseln ist. Eine private Veräußerung von Immobilien kann in rechtsgültiger Weise nur erfolgen, wenn sämmtliche Gesellschafter oder deren Vertreter (Art. 133) zustimmen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie vor Auflösung der Gesellschaft von der Vertretung derselben ausgeschlossen waren oder nicht. Selbstverständlich erstreckt sich aber die Befugniß der Liquidatoren als solcher überhaupt nur auf diejenigen Immobilien, welche im Eigenthume der Gesellschaft stehen, nicht aber auf diejenigen, welche zum Privatvermögen der Gesellschaft gehören und an denen der Gesellschaft die Benutzung zusteht, worüber die Erläuterungen zu Art. 91 und 111 zu vergleichen sind [15]).

Insoweit es sich dabei nur um die Feststellung des Eigenthumes im Verhältnisse der Gesellschafter zur Gesellschaft handelt, entscheidet vor Allem die Eintragung in das Inventar der Gesellschaft [16]).

2) Geben die sämmtlichen Gesellschafter ihre Einwilligung dazu, daß die Veräußerung von Immobilien nicht durch öffentliche Versteigerung sondern privatim geschieht, so haben die Liquidatoren nach der ihnen alsdann ertheilten speziellen Anweisung zu handeln. Soll auf Grund einer derartigen privaten Veräußerung die Umschreibung eines Grundstückes im Hypothekenbuche vorgenommen werden, so muß der Hypothekenrichter den Nachweis verlangen, daß sämmtliche Gesellschafter oder deren Rechtsnachfolger zugestimmt haben.

---

[13]) v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. IV S. 57 gegen v. Hahn, Komment. Bd. I S. 343.

[14]) Vgl. R. Koch, über Versteigerungen im Gebiete des Handelsrechtes in Busch' Archiv Bd. IV S. 261.

[15]) Vgl. oben S. 123 f. und 232 f.

[16]) Vgl. oben S. 127.

3) Alles dasjenige, was von der Veräußerung von Immobilien der Gesellschaft gilt, gilt auch von der Verpfändung und der dinglichen Belastung derselben, wenn dies im Art. auch nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. Es macht hinsichtlich der Bestellung von Hypotheken keinen Unterschied, ob der Abschluß oder die Regulirung des Geschäftes, für welches die Hypothek vom Liquidator bestellt wird, an sich innerhalb der Befugnisse desselben liegt oder nicht, vielmehr kann das Geschäft gültig sein, während es die Hypothek nicht ist [17]).

4) Die Bestimmung des Abs. 2 bezieht sich nur auf unbewegliche Sachen, nicht auch auf alle Immobiliarrechte, insofern das Civilrecht die Eintheilung der Gegenstände in bewegliche und unbewegliche auch auf Rechte ausdehnt. Also können die Liquidatoren die der Gesellschaft zustehenden Hypothekenforderungen gültig cediren [18]).

Wohl aber findet die Bestimmung Anwendung auf den Verkauf des Geschäftes als Ganzes, zu einem solchen sind sie ohne Einwilligung der Gesellschafter nicht befugt [19]).

5) Bei dem Verkaufe oder der Versteigerung der Immobilien der Gesellschaft findet ein Verkaufsrecht der Gesellschafter nicht statt.

Art. 138.

Eine Beschränkung des Umfanges der Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren (Art. 137) hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Pr. Entw. Art. 130. — I. Entw. Art. 131. — II. Entw. Art. 131. — Prot. S. 251, 1012.

---

[17]) Noack in Busch' Archiv Bd. IV S. 211; Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften §. 85 S. 778. A. M. Keyßner a. a. S. 50, dessen Hauptargument sich aber nur auf die gerichtliche Hypothek bezieht, welche aus einer Verurtheilung der Liquidatoren im Prozesse auch ohne Zustimmung der Gesellschafter entstehen kann. Allein dies ist eine Folge der besonderen Stellung der Liquidatoren in Prozessen der Gesellschaft. Für die Gleichstellung der Verpfändung mit der Veräußerung sprechen nicht blos die allgemeinen juristischen Gründe sondern ferner auch die Analogie mit den Bestimmungen über die Befugnisse des Repräsentanten einer Gewerkschaft. S. allg. preuß. Berggesetz v. 24. Juni 1865 §. 114 u. 120.

[18]) Vgl. Bd. I S. 329 Anm. 23.

[19]) So auch Keyßner a. a. O. S. 37 Anm. 32.

S. die Erläuterungen zu Art. 43 Bd. I S. 333 und zu Art. 110 und 112 S. 231, 243 dieses Bandes.

Art. 139.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, nun als Liquidationsfirma zu bezeichnenden, Firma ihre Namen beifügen.

I. Entw. Art. 132. — II. Entwurf Art. 132. — Prot. S. 251, 1013.

Art. 140.

Die Liquidatoren haben, selbst wenn sie vom Richter bestellt sind, den Gesellschaftern gegenüber bei der Geschäftsführung den von diesen einstimmig getroffenen Anordnungen Folge zu geben.

I. Entw. Art. 130. — II. Entwurf Art. 130. — Prot. S. 252, 4533.

Die Bestimmung des Art. entspricht den Grundsätzen des Mandates; nach Außen ist die Vollmacht des Liquidators eine gesetzlich normirte und unabänderliche (Art. 137, 138), dagegen nach Innen, also im Verhältnisse des Liquidators zu den Gesellschaftern sind die demselben einstimmig ertheilten Anweisungen für ihn bindend und die Nichtbeachtung derselben kann die Verpflichtung zum Schadensersatze und die Abberufung des Liquidators zur Folge haben. Dasjenige, was in dieser Hinsicht vom Prokuristen, vom Handlungsbevollmächtigten und vom firmirenden Socius gilt, gilt auch vom Liquidator [1]).

Bei der Feststellung der einstimmigen Anordnungen sind aber auch diejenigen Gesellschafter stimmberechtigt, welche selbst Liquidatoren sind, so daß der Art. eigentlich nur dann praktische Bedeutung haben wird, wenn die Liquidatoren Fremde sind.

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 43 und 116.

Art. 141.

Die während der Liquidation entbehrlichen Gelder werden vorläufig unter die Gesellschafter vertheilt.

Zur Deckung von Schulden der Gesellschaft, welche erst später fällig werden, sowie zur Deckung der Ansprüche, welche den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehen, sind die erforderlichen Gelder zurückzubehalten.

Pr. Entw. Art. 133. — I. Entw. Art. 134. — II. Entw. Art. 133. — Prot. S. 254, 1013.

Der Art. schreibt nur die Vertheilung der entbehrlichen Gelder vor, nicht, wie es in Art. 130 Abs. 4 heißt, die Auszahlung der jedem Theilhaber gebührenden Beträge. Bei der Beurtheilung der Entbehrlichkeit kommt nicht blos die augenblickliche Lage des Liquidationsgeschäftes sondern auch das voraussichtliche Endresultat der Auseinandersetzung in Betracht (Abs. 2).

Ueber die Heranziehung der Gesellschafter zur Deckung der Societätsschulden s. die Erläuterungen zu Art. 137.

Art. 142.

Die Liquidatoren haben die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen.

Streitigkeiten, welche über die Auseinandersetzung entstehen, fallen der richterlichen Entscheidung anheim.

Pr. Entw. Art. 134. — I. Entw. Art. 135. — II. Entw. Art. 134. — Prot. S. 254, 1037.

I. Das HGB. hat den Liquidatoren sowohl hinsichtlich der Art und Weise als auch der Zeit, innerhalb welcher die Auseinandersetzung zu beenden ist, freie Hand gelassen [1]). Der Art. geht in dieser Hinsicht

---

[1]) Vgl. im Einzelnen Auerbach, Gesellschaftswesen §. 10; Keyßner S. 67 f. — Ein lehrreiches Beispiel einer kaufmännischen Schlußrechnung über die Auseinandersetzung einer offenen Handelsgesellschaft gibt Wolff im Centralorgan N. F. Bd. IV S. 1 f. Weitere Beispiele s. in der Schrift: Von Handlungsgesellschaften und ihrer Auseinandersetzung (v. Cleynmann). Frankfurt a. M. 1825.

noch weiter als der preuß. Entwurf, welcher im Art. 134 wenigstens noch die Bestimmung hinzugefügt hatte, daß bei Berechnung der Antheile jedem Gesellschafter seine Einlage nebst den Zinsen derselben gut geschrieben und sein Antheil am Gewinne hinzugefügt oder sein Antheil am Verlust zur Last gestellt werden solle. Da das Gesetzbuch keine Spezialbestimmungen hierüber aufgenommen hat, so verbleibt es hinsichtlich der Theilungsgrundsätze bei der im Art. 109 aufgestellten Regel.

II. Auch noch eine andere Bestimmung des preuß. Entwurfes (Art. 136) über die Auseinandersetzung im Einzelnen ist nicht in das HGB. übergegangen, es ist die Bestimmung:

> Die Gesellschafter haften einander für die Güte der einem Jeden zugewiesenen Ausstände nach Verhältniß ihres Antheiles am Gewinne oder Verluste.

Man ging bei dieser Bestimmung von der Annahme aus, daß die Cession einer unsicheren Forderung als einer sicheren eine materielle Ungleichheit und Unrichtigkeit der Theilung hervorbringen würde [2]), deshalb müsse bei diesen Cessionen nicht blos für die Richtigkeit sondern auch für die Güte der Forderungen gehaftet werden. Diese Bestimmung wurde aber in der zweiten Lesung gestrichen (Prot. 1014 bis 1016) und es verbleibt demnach hinsichtlich dieser Haft bei den Vorschriften des Civilrechtes, beziehungsweise der Landesgesetze über die Haft des Cedenten im Allgemeinen, wenn bei der Auseinandersetzung keine vertragsmäßige Bestimmung hierüber getroffen worden ist.

III. Die Schlußbilanz einer aufgelösten Handelsgesellschaft entscheidet über alle Ansprüche der Gesellschafter gegen einander. Ist die Anerkennung der Schlußrechnung durch die Gesellschafter erfolgt, so kann auf die Buchführung nicht mehr zurückgegangen werden [3]), vorbehaltlich des Beweises des Betruges und des Irrthums (Art. 294).

IV. Zu Abs. 2 des Artikels.

Durch die Bestimmung, daß über Streitigkeiten bei der Auseinandersetzung der Richter entscheidet, soll der irrthümlichen Auffassung entgegengetreten werden, als ob die Liquidatoren zugleich auch Schiedsrichter über derartige Streitigkeiten seien. Zweifellos kann ihnen zugleich eine schiedsrichterliche Funktion übertragen werden, aber dazu bedarf es eines

---

[2]) Motive S. 73; vgl. Brinckmann §. 52 S. 197, 198 und Anm. 25.

[3]) Malß, Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M., Nr. 44 S. 147. — Die Frage, ob ein Gesellschafter vom anderen Kaution wegen noch nicht bezahlter Schulden der Gesellschaft fordern kann, ist eine civilrechtliche, vgl. L. 28 D. pro socio und preuß. Landr. I, 5, §. 449.

besonderen Auftrags durch die sämmtlichen Gesellschafter oder durch deren Vertreter[4]).

Art. 143.

Wenn ein Gesellschafter Sachen in die Gesellschaft eingebracht hat, welche Eigenthum derselben geworden sind, so fallen dieselben bei der Auseinandersetzung nicht an ihn zurück, sondern er erhält den Werth aus dem Gesellschaftsvermögen erstattet, für welchen sie gemäß Uebereinkunft übernommen wurden.

Fehlt es an dieser Werthbestimmung, so geschieht die Erstattung nach dem Werthe, welchen die Sachen zur Zeit der Einbringung hatten.

Pr. Entw. Art. 135. — I. Entw. Art. 136. — II. Entw. Art. 136. — Prot S. 255, 1013.

Zu Abs. 1 des Art.

S. die Erläuterungen zu Art. 91.

Zu Abs. 2.

Die Abschätzung desjenigen Werthes, welchen eine Sache zur Zeit des Einbringens in die Gesellschaft gehabt hat, ist in der Regel mit Schwierigkeiten verknüpft, gleichwohl ist das Prinzip, daß nur Erstattung dieses Werthes gefordert werden kann, richtig.

Fehlt es an jeder Werthbestimmung aus der Zeit des Einbringens, so wird der gegenwärtige Werth zu Grunde gelegt unter Berücksichtigung der Preisveränderungen im Laufe der Zeit, ferner unter Abrechnung der Verbesserungskosten und Hinzufügung der Abnutzung seit der Einbringung [1]).

---

[4]) Beispiel eines Rechtsstreites zwischen zwei Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren in der Sammlung wichtiger Entscheid. des HAGer. zu Nürnberg Bd. I S. 313, Erk. v. 24. Mai 1867.

[1]) Vgl. Koch zu Art. 143 Anm. 101.

Art. 144.

Ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander sowie der Gesellschaft zu dritten Personen die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnittes zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnittes und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein Anderes ergibt.

Der Gerichtsstand, welchen die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung hatte, bleibt bis zur Beendigung der Liquidation für die aufgelöste Gesellschaft bestehen.

Zustellungen an die Gesellschaft geschehen mit rechtlicher Wirkung an einen der Liquidatoren.

Pr. Entw. Art. 137. — I. Entw. Art. 138. — II. Entw. Art. 136. — Prot. S. 259, 1016, 4530, 4542, 4640.

I. Bis zur Beendigung der Liquidation, jedoch nur für die Zwecke derselben, wird die aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend fingirt. Hieraus rechtfertigen sich die Bestimmungen des Artikels, dessen erster Absatz, wie schon der Wortlaut ergibt, sich jedoch nicht auf das Verhältniß der Liquidatoren unter einander oder zu Dritten bezieht, sondern nur auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander und auf dasjenige der Gesellschaft zu Dritten.

II. Von den Bestimmungen des zweiten und dritten Abschnittes können folgende als fortgeltend bezeichnet werden, jedoch immer mit Berücksichtigung des besonderen nach dem HGB. auch Dritten gegenüber fest begrenzten Zweckes und Kreises, in welchem sich die Liquidationsgeschäfte bewegen müssen [1]).

Es gelten fort die Art. 90, 91, 92, 93 Abs. 1 und 2, 95, 98, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 119 bis 122.

Der Art. 93 Abs. 3 sowie der Art. 94 kommen nur dann zur Anwendung, wenn ein Gesellschafter die Liquidation kraft des Gesellschaftsvertrages oder kraft eines Nachtrages zu demselben ausführt oder wenn sämmtliche Gesellschafter in Folge der gesetzlichen Bestimmung des Art.

---

[1]) Vgl. im Einzelnen Keyßner a. a. O. S. 59 f., dessen Ausführungen hier fast ohne Ausnahme den Vorzug vor denjenigen v. Kräwel's in Busch' Archiv Bd. IV S. 59 f. verdienen.

133 Abs. 1 als Liquidatoren eintreten; erfolgt dagegen die Ernennung der Liquidatoren in anderer Weise, so haben dieselben lediglich die Rechte und Pflichten der Bevollmächtigten.

An die Stelle der Art. 99 bis 103 treten die Art. 134, 136, 137, 140 und die ersteren können nur noch zur Auslegung der letzteren analog benutzt werden. An Stelle der Art. 114 bis 117 gelten die Art. 136 bis 138, 144 Abs. 2 und Art. 52.

Ganz in Wegfall kommen die Art. 96, 97, 110 und 118. Ebensowenig können die Art. 104 und 118 Anwendung finden, denn eine Prokura kann weder durch die aufgelöste Gesellschaft noch durch die Liquidatoren ertheilt werden. Von der ersteren nicht, weil sie nicht mehr besteht und die Fortdauer derselben in dieser Hinsicht im HGB. auch nicht fingirt wird, von den Liquidatoren aber nicht, weil diese selbst nur Bevollmächtigte sind [2]); die Liquidatoren als solche sind nicht Kaufleute (Art. 4), sie können es aus anderen Gründen sein, aber nicht in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren [3]).

Art. 145.

Nach Beendigung der Liquidation werden die Bücher und Schriften der aufgelösten Gesellschaft einem der gewesenen Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft durch das Handelsgericht bestimmt.

Die Gesellschafter und deren Rechtsnachfolger behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

Pr. Entw. Art. 138. — I. Entw. Art. 139. — II. Entw. Art. 137. — Prot. S. 260. 1017.

I. Der Art. enthält die näheren Bestimmungen zur Ausführung über die im Art. 33 des HGB. enthaltene allgemeine Vorschrift in Betreff der Aufbewahrungspflicht der Handelsbücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft. Die Aufbewahrungsfrist ist die im Art. 33 vorge-

---

[2]) Vgl. Art. 54 und die Erläuterungen zu diesem Artikel.

[3]) Goldschmidt, Handbuch Bd. I Abth. I S. 332.

schriebene zehnjährige, dieselbe beginnt vom Tage der in die Handelsbücher geschehenen letzten Eintragung, wobei die während der Liquidation erfolgten Eintragungen mitgerechnet werden.

Das Recht, die Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere der Gesellschaft fordern zu können, steht allen Gesellschaftern und deren Rechtsnachfolgern jeder Art gleichmäßig und in vollem Umfange zu. Ein Nachweis darüber, zu welchem Zwecke die Einsicht erfolgen solle, kann nicht verlangt werden. Der Zweck kann darin bestehen, daß man das Material zur Vertheidigung gegen erhobene Rechtsansprüche oder zur Begründung von Ansprüchen aus den Büchern entnehmen will, oder daß einer der Gesellschafter oder Rechtsnachfolger die Handelsverbindungen der aufgelösten Gesellschaft kennen lernen will, um dieselben für sich zu benützen.

II. Die Bestimmungen des Art. beziehen sich auf alle Fälle der Auflösung [1]) ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Gründe, aus denen die Auflösung erfolgen kann, namentlich auch ohne Rücksicht darauf, ob die Auflösung aus Gründen erfolgt ist, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125 Ziff. 2—5). Demnach steht das Recht auf die Einsicht der Bücher auch demjenigen Gesellschafter zu, wegen dessen Unredlichkeit die Gesellschaft aufgelöst worden ist. Dieses Rechtes könnte er nur in Folge einer besonderen Strafbestimmung verlustig gehen und eine solche Bestimmung ist im HGB. nicht enthalten.

---

[1]) Aber auch nur auf die Fälle der Auflösung. Dagegen ist die Bestimmung auf den Verkauf des Geschäftes an einen Dritten oder an einen der bisherigen Gesellschafter, sowie auf den Austritt oder die Ausschließung eines Gesellschafters unter Fortsetzung der Societät durch die übrigen (Art. 127, 128, 132) nach dem Zeitpunkte der erfolgten Abfindung nur unter Beschränkungen anwendbar, wenn auch die preuß. Motive S. 73 die Gleichheit aller dieser Fälle mit der Auflösung anzunehmen scheinen. Vgl. ein Erk. des Stadtger. zu Frankfurt a. M. v. 9. Nov. 1864 in Busch' Archiv Bd. V S. 462; ferner Thöl, ausgew. Entscheidungsgründe des OAGer. zu Lübeck S. 28 Nr. 27 und oben S. 291 zu Art. 130.

Sechster Abschnitt.

Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter.

Art. 146.

Die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters aus derselben in das Handelsregister eingetragen ist.

Wird die Forderung erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Pr. Entw. Art. 139, 140. — I. Entw. Art. 140, 141. — II. Entw. Art. 138. — Prot. S. 260 f., 1016 f., 4533.

I. Weder durch die Auflösung der Gesellschaft noch durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Societät wird die solidarische Haft der Ausgeschiedenen für diejenigen Societätsschulden aufgehoben, welche bereits vorher entstanden oder nachher zum Zwecke der Liquidation und der Auseinandersetzung innerhalb der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Schranken (Art. 130, 137) kontrahirt worden sind [1]. Die solidarische Haft der einzelnen Gesellschafter ist selbstständiger Natur, sie besteht neben der Haft des Gesellschaftsvermögens und der juristischen Person der Gesellschaft, sie tritt zu der Haft der Gesellschaft selbst verstärkend hinzu [2]. Die Gesellschaft kann zu bestehen aufgehört haben, während die Haft der früheren Mitglieder fortbesteht (Art. 111).

---

[1] Daß ein ausgetretener Gesellschafter auch für solche Schulden haftet, welche nach seinem Austritte im Namen der Gesellschaft mit einem gutgläubigen Dritten kontrahirt werden, der den Austritt oder die Auflösung nicht kannte, beziehungsweise auch nicht kennen mußte, ergibt sich aus Art. 129 und 25 des HGB.

[2] Vgl. S. 14 und 267 dieses Bandes.

Das HGB. unterwirft jedoch in diesem Abschnitte die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Mitglieder von dem Zeitpunkte ab einer besonderen und kurzen Verjährung, in welchem die Auflösung der Gesellschaft oder der Austritt eines Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist.

Die fünfjährige Verjährung in Art. 146 bis 149 ist eine außerordentliche. Dieselbe war bereits im französischen HGB. (Art. 64) enthalten und ist aus diesem in den preußischen Entwurf übergegangen [3]), sie beruht ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderungen lediglich auf Gründen der Billigkeit gegen die vormaligen Gesellschafter und auf der Erwägung, daß den Gesellschaftsgläubigern die Auflösung der Societät oder der Austritt eines Gesellschafters in Folge der vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachungen nicht unbekannt zu bleiben pflegt und sie darin eine stillschweigende Aufforderung erblicken müssen, ihre Ansprüche nun rechtzeitig geltend zu machen.

Da aber eine derartige kurze Verjährung für Forderungen gegen einen Einzelkaufmann als allgemeines Rechtsinstitut nicht besteht, so muß man zugeben, daß die Unthätigkeit der Handelsgläubiger in Bezug auf die Eintreibung ihrer Forderungen schwerere Folgen nach sich zieht, wenn der Schuldner eine Gesellschaft, als wenn derselbe ein Einzelkaufmann ist [4]).

Indeß liegt auch in diesen Bestimmungen schließlich nur eine weitere Nachwirkung des Grundsatzes, daß zwischen der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft als solcher und den Personen der einzelnen Gesellschafter und ebenso zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen der Socii unterschieden wird. Denn die fünfjährige Verjährung kommt den vormaligen Gesellschaftern nur rücksichtlich ihres Privatvermögens zu Statten, zu welchem auch das getheilte Gesellschaftsvermögen gehört, sie schließt die neben der Haft der Gesellschaft bestehende persönliche Haft der Socii in zeitliche Grenzen ein. Dagegen läuft diese außerordentliche Verjährung weder gegen die Gesellschaft als solche, so lange dieselbe nach dem Ausscheiden Einzelner noch fortbesteht oder so lange sie wegen der Liquidation als fortbestehend fingirt wird, noch läuft dieselbe gegen das Gesellschaftsvermögen, so lange letzteres noch in ungetheiltem Zustande vorhanden ist (Art. 147).

II. Die Bestimmungen des Art. finden auch nur Anwendung auf die

---

[3]) Motive S. 75.

[4]) Auerbach, Gesellschaftswesen S. 123. Der in den Nürnberger Berathungen angeführte Grund, daß ein fünfjähriger Kredit unter Kaufleuten schon ein außergewöhnlich langer sei, würde eben so gut für eine allgemeine fünfjährige Verjährung aller Handelsschulden sprechen.

Klagen der Gesellschaftsgläubiger gegen die vormaligen Gesellschafter, nicht auch auf Klagen der Gesellschafter unter einander aus dem Gesellschaftsvertrage oder auf Klagen der Gesellschaft gegen einen ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter, also nicht auf die sogenannten Regreßklagen der Gesellschafter. Demnach kann es vorkommen, daß die fortbestehende Gesellschaft wegen einer von ihr nachträglich bezahlten Societätsschuld gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter Regreß nimmt, während diesem letzteren gegenüber die Klage des Gläubigers längst verjährt ist [5]), und es ergibt sich hieraus, daß der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen dieses Abschnittes, die Sicherung vormaliger Gesellschafter gegen verspätete Ansprüche, nur in diesem beschränkten Maße erreicht wird. Immerhin ist aber auch in diesem wie in ähnlichen Fällen der Regreß nur auf den vertragsmäßigen Antheil des vormaligen Gesellschafters an der Schuld beschränkt, die solidarische Haft kommt dabei nicht in Frage.

III. Die außerordentliche fünfjährige Verjährung bildet einen besonderen Erlöschungsgrund nicht blos für die Solidarhaft der Gesellschafter sondern für die Haft derselben aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft überhaupt, also den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber (s. §. II) auch für die Haft der Gesellschafter pro rata [6]).

IV. Dem Bedürfnisse, die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die vormaligen Gesellschafter einer kurzen Verjährung zu unterwerfen, war schon vor dem A. D. HGB. in einigen Partikularrechten genügt, jedoch in einer von den Bestimmungen des HGB. mehrfach abweichenden und jedenfalls sehr ungleichen Weise. So haftete nach preußischem Rechte ein aus der Gesellschaft ausgetretener Handelsgesellschafter, wenn er seinen Austritt gehörig öffentlich oder den einzelnen Gesellschaftsgläubigern bekannt gemacht hatte, für die bei Ablauf des Societätsjahres fälligen Societätsschulden überhaupt nur ein Jahr von diesem Ablaufe an und für die erst später fällig werdenden ein Jahr vom Verfalltage an [7]), während die gewesenen Mitglieder einer gänzlich aufgelösten Gesellschaft nach gehöriger Bekanntmachung der Auflösung überhaupt nur noch ein Jahr lang solidarisch und später nur noch pro rata ihrer Societätsan-

---

[5]) v. Hahn zu Art. 148.

[6]) Die Bestimmung im Art. 146 lautet ganz allgemein, die Klagen verjähren, nicht blos die Solidarklagen; ein bei den Berathungen gestellter Antrag, die besondere kurze Verjährung nur auf die Solidarhaft zu beschränken, wurde abgelehnt. Prot. S. 260 bis 263.

[7]) Preuß. Landr. II, 8, §. 672 bis 674, §. 677, 678.

theile hafteten [8]). Außerdem aber kannte das preußische Recht noch das allgemeine Institut der Ediktalladung der unbekannten Gesellschaftsgläubiger unter Androhung einer Präklusion, welche wiederum eigenthümlich gestaltet war [9]). Und derartige öffentliche Vorladungen unbekannter Gesellschaftsgläubiger durch gerichtliche Proklame waren durch den Gerichtsgebrauch auch noch in anderen deutschen Staaten, so namentlich auch in Hamburg, eingeführt.

Bei der dritten Lesung des Entwurfes wurde nun Seitens der freien Stadt Hamburg der Antrag gestellt, zu Protokoll zu erklären, daß durch den jetzigen Art. 146 nur die Verjährungszeit habe abgeändert werden sollen, also weder über die sonstigen die Verjährung betreffenden Rechtssätze etwas bestimmt, noch auch die fernere Anwendbarkeit des bei Auflösung von Societäten zu erlassenden Proklams in denjenigen Gebieten, in denen dasselbe partikularrechtlich bestehe, ausgeschlossen sein solle [10]). Die Nürnberger Kommission ging jedoch auf den ersten Theil des Antrages nicht ein, weil sie derartige interpretative Erklärungen zu Protokoll in der Regel überhaupt abgelehnt habe [11]).

Indeß ist die Ablehnung in diesem Falle ohne Bedeutung, weil die Kommission den Grundsatz, daß in allen durch die Bestimmungen dieser Artikel nicht entschiedenen Fragen die civilrechtlichen Regeln über die Verjährung zur Anwendung kommen, in der dritten Lesung zu Art. 148 anerkannt hat [12]).

Bezüglich des zweiten Theiles des Antrages aber wurde Seitens des Referenten (Dr. Heimsöth) bemerkt, daß die Bestimmungen dieses Abschnittes allerdings an die Stelle der partikularrechtlichen Ediktalladungen und Proklame getreten seien, wie dies auch aus den Motiven zum preußischen Entwurfe hervorgehe. Indeß wurde von den Vertretern der Hansestädte entgegnet, daß das Proklam eine prozessualische Institution sei, welche durch die adoptirten Bestimmungen des HGB. nicht berührt werde und jedenfalls nicht von selbst hinwegfalle. Auch beziehe sich das Proklam nur auf die unbekannten Gläubiger, nur diese treffe die Präklusion und hieraus ergebe sich, daß dieses Institut nicht dieselben

---

[8]) Preuß. Landr. II, 8, §. 682 und I, 17, §. 308—310, II, 8, §. 682; Allg. preuß. Ger.-Ordn. I, 51, §. 163.

[9]) Preuß. Landr. II, 8, §. 675, 683; allg. preuß. Ger.-Ordn. I, 51, 162 bis 168. Eine Kritik dieser sämmtlichen älteren Vorschriften enthalten die Motive zum preuß. Entwurfe S. 74 f.

[10]) Erinnerung Nr. 164 in der Zusammenstellung S. 28.

[11]) Prot. S. 4533.

[12]) S. die Erläuterungen zu Art. 148.

Zwecke verfolge wie die Bestimmungen über die Verjährung, und daß es mit den letzteren nicht im Widerspruche stehe.

Der Antrag wurde schließlich zurückgezogen und somit ist die Entscheidung der Frage den Einführungsgesetzen und der Wissenschaft überlassen worden. Während nun durch das preußische Einführungsgesetz (Art. 24, 25) die bisherigen Vorschriften über die Bekanntmachung des Austrittes an die Gläubiger sowie über den öffentlichen Aufruf und die Präklusion unbekannter Gläubiger einer Handelsgesellschaft bei der Auflösung der Gesellschaft oder beim Austritte eines Gesellschafters außer Kraft gesetzt worden sind, ist im Hamburgischen und Lübecker Einführungsgesetze das Gegentheil bestimmt[13]), die bisher üblichen Proklame und deren rechtliche Wirkung sind in Geltung geblieben.

V. Keinen Unterschied bringt es hervor, ob ein vormaliger Gesellschafter selbst Liquidator der aufgelösten Gesellschaft gewesen ist oder nicht. Obgleich die fünfjährige Verjährung im Art. 146 im Prinzipe dem Art. 64 des Code de commerce entlehnt ist, so ist doch die der letzteren Bestimmung zum Nachtheile der Liquidatoren enthaltene Ausnahme[14]) nicht mit aufgenommen worden. Allerdings muß man zugeben, daß die Liquidatoren nicht blos in der Lage sind, sondern auch den Beruf haben, die bestehenden Forderungen der Gesellschaftsgläubiger zu ermitteln[15]), allein die Wirkung der fünfjährigen Verjährung ist eine absolute, sie kommt auch denjenigen Gesellschaftern zu Gute, welche die Liquidation besorgt

---

[13]) Hamburg §. 23, Lübeck §. 13.

[14]) Code de comm. Art. 64: Toutes actions contre les associés non liquidateurs ... sont préscrites cinq ans après la fin ou de la dissolution de la société. Die Auslegung dieser Ausnahme ist übrigens sehr bestritten. Denn man kann der Bestimmung auch den Sinn unterlegen, daß nur die Klagen gegen die Liquidatoren als solche, also nur in dieser Eigenschaft, von der fünfjährigen Verjährung ausgeschlossen sind. Andererseits ist aber von den französischen Gerichten auch erkannt worden, daß diese Verjährung auch in dem Falle keine Anwendung finde, wenn fremde Personen zu Liquidatoren bestellt sind, weil die fremden Liquidatoren nur die Vertreter der sämmtlichen Gesellschafter seien; auf diese Weise würde die praktische Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährung überhaupt in Frage gestellt sein. Vgl. die bei Gilbert, Code de c. annoté Art. 64 zusammengestellten Meinungen und Erkenntnisse. Man kann es nur billigen, daß das deutsche Handelsrecht in Folge der allgemein lautenden Fassung des Art. 146 von diesen Controversen verschont geblieben ist.

[15]) Ob auch unter allen Umständen zu berichtigen, ist eine andere Frage, vgl. oben S. 304 zu Art. 137.

haben. Die Motive (S. 75) heben mit Recht hervor, daß sich im entgegengesetzten Falle ein Gesellschafter nicht leicht bereit finden lassen würde, das Amt eines Liquidators zu übernehmen, wenn er hinsichtlich der Beendigung seiner Haft für die Gesellschaftsschulden schlechter gestellt sein sollte als die übrigen Gesellschafter.

Ebensowenig wird aber auch dadurch ein Unterschied hervorgebracht, ob das Geschäft, aus welchem geklagt wird, von dem verklagten vormaligen Gesellschafter selbst oder von einem anderen abgeschlossen worden ist, wenn es überhaupt nur für die Gesellschaft abgeschlossen ist (Art. 114). Derjenige Gesellschafter, welcher für die Gesellschaft kontrahirt, wird dadurch dem Dritten nicht mehr und nicht weniger obligirt als diejenigen Socii, welche am Vertragsschlusse keinen persönlichen Antheil gehabt haben [16]), nicht der Vertreter als solcher sondern die vertretene Gesellschaft wird obligirt (Art. 114).

VI. Kürzere Verjährungen nach Beschaffenheit der Forderungen.

Der preußische Entwurf enthielt den ganz allgemeinen Vorbehalt: soferne nicht eine kürzere Verjährungsfrist bestimmt ist. Bei der ersten Lesung wurde diese Fassung zu unbestimmt gefunden und es entstand eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob damit nur die im HGB oder auch die in anderen Gesetzen vorgeschriebenen kürzeren Verjährungsfristen oder endlich auch diejenigen kürzeren Fristen vorbehalten sein sollten, welche für Forderungen jeder Art gegen einen ausgetretenen Gesellschafter gesetzt seien [17]).

Von der hier bezeichneten dritten Klasse kürzerer Verjährungen, welche nur nach einzelnen Partikularrechten vorkam, ist oben in §. IV gehandelt worden. Dafür, daß gerade diese letzteren kurzen Fristen vorbehalten seien, sprach sich nur eine einzige Stimme aus, während die Mehrheit mit dem Referenten ihre Ansicht dahin aussprach, daß nach der Fassung des Art. alle diejenigen kürzeren Verjährungsfristen in Geltung bleiben sollten, welche aus sachlichen Gründen, also wegen der besonderen Natur einzelner Forderungen im HGB. oder in irgend einem anderen Gesetze bestimmt seien, keineswegs aber die aus persönlichen Gründen in einem anderen Gesetze für Forderungen an eine Gesellschaft bestimmten kürzeren Verjährungsfristen. Daß die eben erwähnte entgegengesetzte Ansicht, für welche sich die eine Stimme ausgesprochen hatte, den Zweck der ganzen gesetzlichen Bestimmung geradezu vereitelt und an die Stelle der einheitlichen Verjährungsfrist für diese Klagen im Geltungs-

---

[16]) v. Hahn S. 353. §. 5.

[17]) Prot. S. 265.

gebiete des A. D. HGB. den Fortbestand einer bunten Mannichfaltigkeit nach sich gezogen haben würde, bedarf kaum der weiteren Ausführung [18]).

Um jedoch diese Zweifel über die Tragweite des Art. zu beseitigen, wurde der Redaktionskommission anheimgegeben, zu erwägen, ob der erwähnte Satz nicht dahin zu ändern sei: sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt. Diese Einschaltung ist dann in der zweiten und dritten Lesung adoptirt worden. War aber der Zweck dieser Aenderung der angegebene, so ergibt sich auch, daß sich damit die in dem Hamburgischen sowie im Lübecker Einführungsgesetze enthaltene Beibehaltung des Proklamationsverfahrens, mit besonderen kürzeren Präklusionsfristen gegen unbekannte Gesellschaftsgläubiger, nicht vereinigen läßt.

Solche, im Art. vorbehaltene kürzere, Verjährungsfristen sind unter Anderem in folgenden Artikeln des HGB. enthalten: Art. 349 f., 386, 408, 423, 906 bis 911. Ferner sind in dem Vorbehalte inbegriffen die kürzeren Verjährungen des Wechselrechtes (A. D. WO. Art. 77 f.), jedoch mit der Maßgabe, daß die fünfjährige Verjährung aus Art. 146 den vormaligen Gesellschaftern jedenfalls auch gegen solche Ansprüche zu statten kommt, welche auf Wechselverbindlichkeiten der Handelsgesellschaften beruhen [19]).

VII. Zu Abs. 2 des Artikels.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage der Eintragung der im Art. angegebenen Thatsachen in das Handelsregister, ohne Rücksicht auf die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung. Ein in der zweiten Lesung gestellter Antrag, welcher dahin lautete, die Verjährung von dem Tage beginnen zu lassen, an welchem die Bekanntmachung über die eingetragene Thatsache zum ersten Male in einem öffentlichen Blatte erschienen sei, wurde abgelehnt (Prot. S. 1016) und zwar, wie es scheint, ohne De-

18) Vergleicht man diesen Theil der Berathungen mit den Verhandlungen in der dritten Lesung über den Hamburger Antrag zu Art. 146, welche S. 317 und 318 mitgetheilt sind, so liegt die Vermuthung nahe, daß die im Texte erwähnte Ansicht im Zusammenhange mit jenem Antrage stand. Die Protokolle leiden bekanntlich an dem Fehler, daß sie die nähere Bezeichnung der einzelnen und namentlich der dissentirenden Stimmen nur ausnahmsweise enthalten, während doch der Werth einer in den Protokollen besonders hervorgehobenen Meinungsäußerung sich nicht blos nach der augenblicklich gegebenen oder nicht gegebenen Begründung, sondern nach der ganzen Stellung bemißt, welche ein Kommissionsmitglied bei den Berathungen überhaupt eingenommen und auch bei anderen Abstimmungen zu erkennen gegeben hat.

19) Vgl. über diese Frage die Erläuterungen zu Art. 2 des HGB., Bd. I, S. 24.

batte. Die Gründe für diese Ablehnung sind bei der ersten Lesung angegeben worden (Prot. S. 266 bis 268). Man war sich bewußt, daß der Abs. 2 des Artikels eine Ausnahme von dem Grundsatze enthalte, daß die Eintragungen im Handelsregister, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, auch öffentlich bekannt gemacht werden müssen (Art. 25), allein die Ausnahme erschien nothwendig, weil man für den Beginn der Verjährung einen ganz bestimmten, nicht aber einen in jedem einzelnen Falle schwankenden Zeitpunkt setzen wollte. Deshalb ist auch als Anfangstermin der Verjährung nicht die Eintragung im Allgemeinen, sondern der Tag der Eintragung selbst bezeichnet. Da nun aber nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 13 jede Eintragung auch öffentlich bekannt gemacht werden muß, und zwar ohne Verzug, da ferner auch das eigene Interesse der vormaligen Gesellschafter an der öffentlichen und möglichst schleunigen Bekanntmachung der Auflösung der Societät oder ihres Austrittes aus derselben schon durch anderweitige Bestimmungen des HGB. geweckt wird (Art. 129), so kann der hier statuirten Ausnahme eine erhebliche praktische Bedeutung nicht beigelegt werden [20]).

Obgleich nun die Berücksichtigung des Umstandes, ob die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft oder des Austrittes eines Gesellschafters auch öffentlich bekannt gemacht worden und so zur Kenntniß des Gläubigers gekommen ist oder nicht, schon in der ersten Lesung verworfen wurde (Prot. S. 266, 267), so wurde doch schon damals von einzelnen Mitgliedern der Kommission die Ansicht geäußert, es werde durch diese Abstimmung nicht ausgeschlossen, daß derjenige, gegen welchen die Einrede der fünfjährigen Verjährung geltend gemacht werde, zum Beweise des Einwandes zugelassen werden müsse, daß er von der Eintragung der Auflösung keine Kenntniß habe erlangen können (Prot. S. 268). Diese Ansicht wird jedoch dadurch nicht richtiger, daß sie in den Protokollen steht; sicher ist vielmehr, daß die Bestimmungen des Art. 25 des HGB. über die Folgen der geschehenen oder nicht geschehenen Eintragung und Veröffentlichung keine Anwendung auf die Frage finden können, wann die fünfjährige Verjährung nach Art. 146 beginne. Die unterbliebene Veröffentlichung der stattgehabten Auflösung der Gesellschaft oder des Austrittes aus der Societät zieht für die vormaligen Gesellschafter andere Nachtheile nach sich (s. Art. 129), für den Beginn der fünfjährigen Verjährung dagegen kommt es nur auf die Frage an, ob die Auflösung oder der Austritt eingetragen war oder nicht, die Verweisung auf Art. 25 ist in diesem Abschnitte absichtlich weggeblieben [21]).

---

[20]) Prot. S. 268.

[21]) Eine Ausnahme hiervon scheint nach preußischem Landrechte vorzuliegen,

VIII. **Verjährung der Ansprüche gegen ausgeschiedene Mitglieder einer eingetragenen Genossenschaft.**

Die Bestimmungen des VI. Abschnittes sind in dem Genossenschaftsgesetze des Norddeutschen Bundes vom 4. Juli 1868 im Prinzip auch auf die Verjährung der Klagen gegen die Mitglieder einer eingetragenen Genossenschaft ausgedehnt worden, jedoch mit einzelnen Aenderungen und Zusätzen (§. 63 bis 65). Namentlich ist mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse dieser Vereinigungen die fünfjährige Verjährungsfrist auf eine zweijährige herabgesetzt (§. 63). Den Gläubigern liegt also gegenüber den ausgeschiedenen Mitgliedern einer eingetragenen Genossenschaft eine noch besonders erhöhte Sorgfalt ob, dieselbe vermindert sich jedoch durch die Einsicht, welche den Gläubigern in die Geschäftslage der Genossenschaft durch die Oeffentlichkeit der Abschlüsse gewährt wird [22].

Ferner ist eine Aenderung dahin aufgenommen worden, daß die Verjährung zu Gunsten eines vormaligen Genossenschafters allerdings nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Genossenschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft unterbrochen wird (§. 64 Abs. 1). Der Grund dieser Abweichung von der Bestimmung des Art. 148 ist darin zu suchen, daß bei den eingetragenen

---

vgl. Koch und v. Kräwel zu Art. 146. Allerdings weicht das preußische Recht vom gemeinen deutschen darin ab, daß nach ersterem die Verjährung so lange nicht beginnt, als der Berechtigte, gegen welchen verjährt werden soll, von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können (creditor nesciens opp. creditor sciens). Preuß. Landr. I, 9, §. 512 f. Diese eigenthümliche Auffassung und Erweiterung des Satzes Agere non valenti non currit praescriptio gehört zwar im Allgemeinen zu denjenigen civilrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung, welche durch die Art. 146 f. nicht beseitigt sind (s. S. 325). Allein zwischen der Nichtkenntniß des Anspruches und der Nichtkenntniß der Thatsache, von deren Eintritt der Art. 146 den Beginn der fünfjährigen Verjährung abhängig macht, ist ein erheblicher Unterschied. Jene Bestimmungen des preuß. Rechtes verlangen für den Beginn der Verjährung, daß der Gläubiger Kenntniß von seinem Rechte d. h. von seinem Anspruche gehabt habe oder gehabt haben könne. Besitzt nun der Gesellschaftsgläubiger diese Kenntniß, so ist das gesetzliche Erforderniß der Verjährung vorhanden und es würde dann auch die weitere Kenntniß der in Art. 146 erwähnten Eintragung nicht erforderlich sein Besitzt aber der Gläubiger jene Kenntniß nicht, so würde ihm gegenüber der Beginn der Verjährung auch nicht durch die bloße Eintragung (Art. 146) bewirkt werden können, weil es an der allgemeinen rechtlichen Voraussetzung der Verjährung fehlt.

[22]) Vgl. Schulze-Delitzsch, die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, Berlin 1869, S. 80 f.

Genossenschaften die Gläubiger gesetzlich gezwungen sind, ihre Ansprüche immer zuerst gegen die Genossenschaft zu verfolgen, während sie die einzelnen Mitglieder, also auch die ausgeschiedenen, nur wegen des Ausfalles in Anspruch nehmen können, welchen die Gläubiger bei dem Liquidationsverfahren oder beim Konkurse erleiden [23]). Müssen demnach die Gläubiger, um sich ihren Anspruch gegen die einzelnen Genossenschafter aus der Solidarbürgschaft zu wahren, immer zuerst gegen die Genossenschaft vorgehen, so muß auch, abweichend von den bei der offenen Handelsgesellschaft geltenden Grundsätzen, die Verjährung gegen die ausgeschiedenen Genossenschafter durch solche Rechtshandlungen unterbrochen werden, welche die Verjährung gegen die Genossenschaft selbst unterbrechen. Damit kann jedoch nicht ausgeschlossen sein, daß der Gläubiger durch eine direkt gegen den ausgeschiedenen Genossenschafter gerichtete und an sich zur Unterbrechung geeignete Rechtshandlung inzwischen die Verjährung gegen diesen unterbricht [24]).

Der §. 63 des Norddeutschen Genossenschafts-Gesetzes (Abs. 2) enthält ferner noch den Zusatz:

> Bei kündbaren Forderungen tritt die Kündigungsfrist der Verjährungsfrist hinzu.

Durch diesen auch für die Handelsgesellschaften zu beachtenden Zusatz sollen die über den Beginn der Verjährung bei kündbaren Forderungen entstandenen Zweifel beseitigt werden [25]).

---

[23]) Solidarbürgschaft der Genossenschafter im Gegensatze zur Solidarhaft der Gesellschafter, vgl. oben S. 60.

[24]) Vgl. S. 269 Anm. 15 über die vorläufige Anmeldung im Konkurs über das Privatvermögen der Gesellschafter und Parisius, preuß. Genossenschaftsgesetz §. 52 Anm. 143.

[25]) Im preuß. Genossenschaftsgesetze fehlte der Zusatz. Im Reichstage wurden ferner noch die Worte hinzugefügt: ohne daß gekündigt zu sein braucht, diese Worte sind aber im Gesetze ohne Angabe des Grundes weggeblieben. Vgl. Parisius, Genossenschafts-Gesetz des Norddeutschen Bundes §. 63 Anm. 89.

Art. 147.

Ist noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht.

Pr. Entw. Art. 140. — I. Entw. Art. 142. — II. Entw. Art. 139. - Prot. S. 268, 1017.

Die Vorschrift des Art. beruht auf dem in den Erläuterungen zu Art. 146 näher entwickelten Grundsatze, daß die außerordentliche fünfjährige Verjährung nur die Haft der vormaligen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen zeitlich beschränken soll, während sie auf die Haft der Gesellschaft als solcher und des Gesellschaftsvermögens, so lange ein solches noch vorhanden ist, überall keine Wirkung äußert. Gesellschaftsvermögen ist aber so lange und immer so weit noch vorhanden, als ein Bestandtheil desselben sich noch in ungetheiltem Zustande befindet.

Ist bei Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen oder mehrere Geschäftsnachfolger übergegangen [1]), so steht dies der vollendeten Theilung gleich. Denn ein Gesellschaftsvermögen ist in diesem Falle nicht mehr vorhanden, dasselbe ist vielmehr veräußert, der Art. ist also nicht anwendbar.

Art. 148.

Die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters wird durch Rechtshandlungen nicht unterbrochen, welche gegen die fortbestehende Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden.

Die Verjährung zu Gunsten eines bei der Auflösung einer Gesellschaft zu derselben gehörigen Gesellschafters wird nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Gesellschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren unterbrochen.

Pr. Entw. Art. 141. — I. Entw. Art. 143. — II. Entw. Art. 140. — Prot. S. 268 f., 1017, 4535.

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 127.

I. Der Art. unterscheidet zwischen der Verjährung im Falle des Austrittes oder der Ausschließung eines Gesellschafters (Abs. 1) und der Verjährung im Falle der Auflösung der Societät (Abs. 2).

Im ersteren Falle läuft die Verjährung gegen den Ausgeschiedenen völlig selbstständig und unabhängig von solchen Rechtshandlungen, welche die Verjährung gegen die fortbestehende Gesellschaft oder gegen einen anderen Gesellschafter, also gegen einen gegenwärtigen oder früheren Theilhaber der Gesellschaft unterbrechen würden. Daß Rechtshandlungen, welche gegen die fortbestehende Gesellschaft als solche gerichtet sind, nicht gegen ein ausgeschiedenes Mitglied derselben wirken können, folgt schon aus der besonderen juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft, der ausgeschiedene Theilhaber wird durch die Societät nicht mehr vertreten. Andererseits liegt aber darin, daß auch Rechtshandlungen, welche gegen andere einzelne Gesellschafter gerichtet sind, keine Unterbrechung der Verjährung gegen den ausgeschiedenen bewirken soll, eine Abweichung von dem gemeinrechtlichen Grundsatze, nach welchem durch die Klage gegen einen Korrealschuldner sowie durch die Anerkennung der Schuld Seitens eines Korrealschuldners die Verjährung gegen sämmtliche Korrealschuldner unterbrochen wird [1]).

Im zweiten Falle wird die Verjährung gegen jeden einzelnen Gesellschafter wenigstens durch solche Rechtshandlungen unterbrochen, welche gegen die Liquidatoren gerichtet sind. Dies aus dem Grunde, weil die Liquidatoren die Vertreter sämmtlicher Gesellschafter sind, welche bei Auflösung der Societät zu derselben gehörten, und weil die Gesellschaft in Bezug auf die noch nicht abgewickelten Geschäfte bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend fingirt wird.

Die Regel ist demnach diese: die Verjährung gegen einen vormaligen Gesellschafter wird nur durch solche Rechtshandlungen unterbrochen, welche gegen den ausgeschiedenen selbst gerichtet sind, eine Ausnahme findet nur Statt während der Liquidation der Gesellschaft nach Maßgabe des Abs. 2 des Artikels.

II. Rechtshandlungen.

Welcher Natur die Rechtshandlungen sein müssen, um überhaupt die Unterbrechung der Verjährung bewirken zu können, darüber spricht der Art. sich nicht aus, sondern diese Frage ist nach Civilrecht, also nach den Landesgesetzen zu entscheiden.

In dieser Hinsicht ist es nicht unwichtig, daß ein zur dritten Lesung gestellter Antrag, nach welchem die Verjährung ausdrücklich nur durch die Behändigung der Klage unterbrochen werden sollte (Art. 80 der A. D.

---

[1]) Motive zum preuß. Entw. S. 75; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenr. II. §. 295 (l. 5. C. 8, 40).

WO.), abgelehnt worden ist [2]). Bei der Ablehnung wurde zugleich hervorgehoben, daß es an genügenden Gründen fehle, um von den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes hier abzuweichen oder die äußerst enge Vorschrift des Art. 80 der deutschen Wechselordnung hierher zu übertragen.

Art. 149.

Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.

Pr. Entw. Art. 142. — I. Entw. Art. 144. — II. Entw. Art. 141. — Prot. S. 269, 1017.

I. Während nach römischem Rechte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus Gründen der Billigkeit speziell gegen den Ablauf der kurzen d. h. derjenigen Verjährungen eingeführt ist, deren Dauer kürzer als die gewöhnliche Frist von 30 Jahren ist [1]), verfährt die neuere Gesetzgebung in der Regel umgekehrt, indem sich bei den durch neuere Gesetze eingeführten kurzen Verjährungen nicht selten die Bestimmung findet, daß gegen den Ablauf derselben eine Restitution nicht stattfinde [2]). Dieselbe Richtung hat auch die neuere gerichtliche Praxis rücksichtlich der Ausschließung der Restitution bei einzelnen besonders kurzen Verjährungen genommen, bei welchen es an einer ausdrücklichen Bestimmung über die Ausschließung derselben fehlt [3]).

---

[2]) Prot. S. 4535 und Zusammenstell. S. 29. Die Ablehnung erfolgte mit 12 gegen 2 Stimmen.

[1]) Nach der herrschenden Ansicht findet die Restitution gegen den Ablauf der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung nicht Statt. Windscheid, Pandekten I §. 115 a. E.

[2]) Vgl. Koch, Komment. zum preuß. Landr. I, 9, §. 531 Anm. 37; v. Völderndorff, Kommentar zum bayer. Gesetze v. 26. März 1859, die Verjährungsfristen betreffend (Erlangen 1859), Art. 6, und Komment. zum bayer. Ges. v. 29. September 1861, die Verjährung von Forderungen aus Staatsschuldurkunden betr. (Erlangen 1862), Art. 6 und 7.

[3]) Vgl. Koch a. a. O., und ein Erk. der Juristenfakultät zu Halle v. November 1867, in welchem in dritter Instanz erkannt wurde, daß gegen den Ablauf der

Der Zweck der durch Art. 146 eingeführten außerordentlichen Verjährung würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn gegen den Ablauf derselben eine Restitution möglich wäre oder wenn dieselbe nach den Regeln des Civilrechtes ruhen müßte, sobald die Klage einem Minderjährigen, einem Bevormundeten u. s. w. zusteht. Die Rechte dieser letzteren Personen schützt der Art. 149 durch den ausdrücklichen Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter [4]).

Ueber diese absolute Wirkung der fünfjährigen Verjährung war man bei den Nürnberger Berathungen so wenig im Zweifel, daß ein Antrag verworfen wurde, demzufolge die fünfjährige Verjährung gegen solche Ansprüche keine Wirkung haben sollte, welche aus den Büchern der Gesellschaft erhellen oder welche dem vormaligen Gesellschafter sonst bekannt waren [5]).

II. Der preuß. Entwurf enthielt noch die weitere Bestimmung (Art. 143), daß die Bestimmungen des ganzen sechsten Abschnittes keine Anwendung auf den Fall des Konkurses der Gesellschaft finden. Der Grund dieser in das HGB. nicht aufgenommenen Bestimmung lag darin, daß man bei Eröffnung des Gesellschaftskonkurses die gleichzeitige Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen der Socii voraussetzte, wodurch die Gläubiger der Gesellschaft auch zur rechtzeitigen Anmeldung ihrer Ansprüche gegen das Privatvermögen genöthigt sind. Ob nun aber die Eröffnung der Privatkonkurse mit derjenigen des Gesellschaftskonkurses zusammentrifft oder nicht, richtet sich gegenwärtig nicht nach dem A. D. HGB., sondern nach den Einführungsgesetzen in den einzelnen Staaten [6]).

Wechselverjährung keine Restitution stattfinde, obgleich die D. WO. dieselbe nicht speziell ausschließt.

4) Die Ausdehnung kurzer Verjährungen auf die im Text bezeichneten Klassen von Personen findet sich schon im Code Napoléon Art. 2278. Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

5) Vgl. S. 318 Anm. 14 und S. 319.

6) S. die Erläuterungen zu Art. 122.

Zweiter Titel.

Von der Kommanditgesellschaft.

Erster Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen.

Goldschmidt, Diss. de societate en commandite, Halle 1851. — Dietzel, die Kommanditgesellschaft und die actio tributoria in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. II S. 1. — Brinckmann §. 34 Nr. 2 und §. 54—58. — Thöl §. 40 bis 43a. — Endemann §. 48—53. — Auerbach, das neue Handelsgesetz Abth. I Abschn. XV. — Ders., Gesellschaftswesen §. 32 f. — O. Wächter, Handelsrecht, Th. II §. 37. — Maaßen, über Kommandit- und stille Gesellschaft in Busch' Archiv Bd. I S. 324. — v. Kräwel, zur Lehre von der Kommanditgesellschaft in Busch' Archiv Bd. V S. 95.

Art. 150.

Eine Kommanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen betheiligen (Kommanditisten), während bei einem oder mehreren anderen Gesellschaftern die Betheiligung

nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter).

Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Gesellschaft.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung nicht.

Pr. Entw. Art. 144. — I. Entw. Art. 145. — II. Entw. Art. 142. — Prot. S. 287 f. 1096. 1146. 1157—1161. 1180 f.

I. Natur und Voraussetzungen der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen.

Die Vereinigung mehrerer Personen zum gemeinsamen Betriebe eines Handelsgewerbes ist nicht blos in der weitreichenden Form möglich, daß sich die Vereinigung auf die ganze wirthschaftliche und vermögensrechtliche Persönlichkeit der Gesellschafter behufs Erreichung eines bestimmten Erwerbszweckes erstreckt (offene Handelsgesellschaft). Vielmehr bietet sich daneben noch die zweite Form, daß zu einem oder zu mehreren nach Außen für die Verbindlichkeiten der Societät mit ihrer ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit einstehenden (vollhaftenden) Gesellschaftern andere Gesellschafter nur unter Uebernahme einer auch nach Außen bis zur Höhe bestimmter Vermögenseinlagen beschränkten Haft hinzutreten (Kommanditgesellschaft).

Bei der offenen Handelsgesellschaft haben die Vermögenseinlagen der Mitglieder Dritten gegenüber insoferne keine entscheidende Bedeutung, als die Gesellschafter nach Außen jedenfalls solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften[1]). In Folge dessen hängt der Kredit der Gesellschaft nicht ausschließlich von der Größe des durch die Einlagen oder durch späteren Erwerb gebildeten Gesellschaftsvermögens ab, sondern der persönliche Kredit jedes einzelnen Gesellschafters tritt zu dem Kredit der Gesellschaft als solcher verstärkend hinzu. Dieses verstärkende Element besteht bei der Kommanditgesellschaft nur auf Seite des persönlich haftenden Gesellschafters, des Komplementars oder Gerants, dagegen

[1]) Von Bedeutung, und zwar in juristischer wie in wirthschaftlicher Hinsicht, sind die Einlagen bei der offenen Gesellschaft allerdings auch Dritten gegenüber, Art. 122. Nur sind die Einlagen nicht allein entscheidend für den Kredit der Gesellschaft. Vgl. S. 135 zu Art. 92.

fällt dasselbe bei dem Kommanditisten hinweg. Der Kommanditist führt dem Vermögen und dem Kredit der Gesellschaft stets nur einen bestimmt begrenzten Beitrag in seiner Einlage zu, nicht seinen ganzen persönlichen Kredit. Auch hinsichtlich der Geschäftsleitung bleibt die Persönlichkeit des vollhaftenden Gesellschafters bei der Kommanditgesellschaft die allein maßgebende. Die Verbindung des Komplementars mit dem Kommanditisten bezweckt lediglich die Beschaffung von Kapital und Kredit für das gemeinschaftliche Gewerbe[2]).

II. Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft.

Das HGB. unterscheidet zwischen Kommanditgesellschaft und stiller Gesellschaft, beides sind jetzt verschiedene Rechtsinstitute, während diese Bezeichnungen vor dem HGB. für identisch galten. Nur die Kommanditgesellschaft gehört nach dem A. D. HGB. zu den Handelsgesellschaften, die stille Gesellschaft dagegen wird nicht zu denselben gezählt. Daraus folgt, daß auch nur die Kommanditgesellschaft als ein für sich bestehendes, selbstständiges Handels-Etablissement in das Handels-(Gesellschafts-)Register eingetragen wird und zwar mit Angabe der Gesellschaftsfirma sowie der Namen sämmtlicher Theilhaber, auch der Kommanditisten (Art. 151). Die Eintragung der stillen Gesellschaft in das Handelsregister ist dagegen nicht einmal gestattet.

Der Grund dieser gänzlich verschiedenen Behandlung beider Gesellschaftsformen liegt darin, daß der stillen Gesellschaft des A. D. HGB.'s das wesentlichste und charakteristische Element einer Handelsgesellschaft fehlt, die Vereinigung des stillen Gesellschafters mit dem vollhaftenden zu einem gemeinschaftlichen Handelsgewerbe. Der Kommanditist vereinigt sich mit dem vollhaftenden Gesellschafter nach Außen wie nach Innen zu einem gemeinschaftlichen Etablissement; das Handelsgewerbe, für welches die Vereinigung stattfindet, wird unter einer gemeinsamen Firma betrieben (Art. 150) und die limitirte Betheiligung des Kommanditisten, sowie das völlige Zurücktreten desselben in der Leitung und im

---

[2]) Vom Darlehen, welches ein Kaufmann für sein Geschäft aufnimmt, unterscheidet sich die Einlage des Kommanditisten dadurch, daß das Darlehen möglicherweise zwar den allgemeinen Kredit des Kaufmannes vermehrt, nicht aber den Dritten als Sicherheit des Kredits dient; die Einlage des Kommanditisten dagegen ist ein haftbares Befriedigungsmittel für die Verbindlichkeiten des Societätsgeschäftes. Endemann §. 49 Anm. 10. — Ueber die wirthschaftlichen Vortheile und Nachtheile der Kommandit- und stillen Gesellschaft vgl. Schäffle in Bluntschli's Staatswörterbuch Bd. IV S. 254.

Betriebe des Geschäftes ist kein Hinderniß für die Gemeinsamkeit des Geschäftes[3]). Nicht der vollhaftende Gesellschafter (der Komplementar) für sich und für seine eigene Rechnung, sondern die Kommanditgesellschaft ist der Geschäftsinhaber, sie hat die Eigenschaft einer selbstständigen vermögensrechtlichen Persönlichkeit und besitzt die Fähigkeit, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden, wobei sie durch den persönlich haftenden Gesellschafter vertreten wird (Art. 164).

Dagegen ist der stille Gesellschafter lediglich am Handelsgewerbe eines Dritten (Art. 250) betheiligt, es entsteht zwischen beiden kein gemeinschaftliches Etablissement, die Firma wird nicht gemeinschaftlich, sondern sie verbleibt dem Dritten (dem Komplementar) und dieser ist nicht blos dirigirender Socius, sondern er ist der alleinige Geschäftsinhaber, nicht aber ist dies die durch ihn und den stillen Gesellschafter dargestellte stille Gesellschaft. Ist dieser Dritte ein Einzelkaufmann, so verliert das Gewerbe nach Außen nicht den Charakter der Privatwirthschaft des Einzelkaufmannes. Betheiligt sich der stille Gesellschafter dagegen am Gewerbe einer Handelsgesellschaft, so bleibt das Gewerbe ein handelsgesellschaftliches, aber es wird durch den Hinzutritt eines stillen Gesellschafters nicht zu einer Handelsgesellschaft anderer Art als vorher; die offene Gesellschaft, an welcher ein oder mehrere stille Gesellschafter sich betheiligen, bleibt offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, zu welcher stille Gesellschafter hinzutreten[4]), bleibt Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft bleibt Aktiengesellschaft.

III. Ein weiterer Unterschied zwischen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft nach dem A. D. HGB. besteht darin, daß die stille Gesellschaft als solche nicht in Konkurs verfallen kann, wohl aber die Kommanditgesellschaft.

Bei der stillen Gesellschaft ist es immer nur der Geschäftsinhaber, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet werden kann. Ist der Komplementar eine offene Gesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, eine Aktiengesellschaft, so entsteht dann allerdings ein Gesellschaftskonkurs, aber

[3]) Art. 158 verglichen mit Art. 99 und 115.

[4]) Daß auch derartige Vereinigungen möglich sind, geht aus den zu Abs. 2 des Art. angeführten Beispielen hervor. Eine andere Frage ist, ob nicht in der Verbindung der Kommanditgesellschaft auf Aktien mit der Betheiligung stiller Gesellschafter, wie sie gegenwärtig in der Praxis bereits mehrfach durchgeführt ist, der Keim zu einer neuen Art von Handelsgesellschaften überhaupt liegt, welche in der Zukunft eine selbstständige gesetzliche Regelung erfordern wird.

nicht deshalb, weil am Gewerbe dieser Gesellschaften auch noch ein stiller Socius betheiligt ist, sondern nur deshalb, weil der Komplementar eine Handelsgesellschaft ist. Für den Gesellschaftskonkurs über die stille Gesellschaft des A. D. HGB. würde es an einer Gesellschaftsmasse fehlen. Denn die stille Gesellschaft hat insoferne kein Gesellschaftsvermögen, als die Einlage des stillen Socius in das Vermögen und Alleineigenthum des Komplementars übergeht; weder findet ein Miteigenthum (condominium pro indiviso) zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter statt, noch ist die stille Gesellschaft ein selbstständiges Rechtssubjekt mit eigenem Vermögen.

Wenn der vollhaftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft Namens der letzteren mit Dritten kontrahirt, so verpflichtet er die Kommanditgesellschaft als solche, er kontrahirt eine Gesellschaftsschuld und für diese haftet er nach Außen nicht blos individuell und mit seinem persönlichen Vermögen, sondern es haftet für dieselbe auch das Gesellschaftsvermögen. Letzteres aber besteht aus der Einlage des Komplementars und den Einlagen des Kommanditisten, diese Einlagen haften den Gesellschaftsgläubigern unbedingt und unabhängig von etwaigen abweichenden Verabredungen der Kommanditisten mit dem Komplementar. Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber sind auch die Kommanditisten Schuldner, allerdings nur hinsichtlich ihrer Einlagen und bis zur Höhe derselben, allein eben deshalb können sie im Konkurs ihrer eigenen Gesellschaft rücksichtlich ihrer Einlagen nicht als Gläubiger auftreten. Vielmehr können sie von ihren Einlagen nur dasjenige zurückfordern, was nach vollständiger Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger etwa noch übrig bleibt. Haben sie aber wegen ihrer Einlagen oder aus anderen Gründen Regreßansprüche gegen den Komplementar, so können sie dieselben wiederum nicht im Gesellschaftskonkurs, sondern nur gegen den Komplementar persönlich, also erforderlichen Falles im Privatkonkurs des letzteren geltend machen. Andererseits haben die Privatgläubiger des Komplementars keine Rechte an den Einlagen und Gesellschaftsantheilen der Kommanditisten, sondern nur die Gesellschaftsgläubiger.

Wenn dagegen über das Vermögen eines Kaufmannes, an dessen Gewerbe ein anderer nur als stiller Gesellschafter betheiligt ist, der Konkurs eröffnet wird, so gibt es überhaupt keine besonderen Gläubiger der stillen Gesellschaft, sondern nur persönliche Gläubiger des Geschäftsinhabers, die sich nun an das gesammte Vermögen desselben halten. In dieses Vermögen ist die Einlage des stillen Socius, insoferne sie überhaupt eingezahlt ist, allerdings übergegangen, wenn aber alsdann der faktisch eintretende Verlust des stillen Socius den vertragsmäßigen Betrag seines Verlustantheiles übersteigt, so kann der stille Socius diese Regreßforderung als Konkursgläubiger des Geschäftsinhabers geltend machen, er steht mit

dieser Forderung den übrigen Handlungsgläubigern im Konkurs nicht nach, sondern gleich (Art. 258). Hat aber der stille Gesellschafter seine Einlage bei Ausbruch des Konkurses noch nicht eingezahlt, so kann sie dann nur bis zu demjenigen Betrage zur Konkursmasse eingefordert werden, welcher zur Deckung des vertragsmäßigen Verlustantheiles des stillen Gesellschafters erforderlich ist.

Eine Ausnahme von dieser Gleichstellung und eine Annäherung an die Stellung des Kommanditisten findet für den stillen Socius nur dann Statt, wenn und insoferne derselbe bestimmten oder allen Gläubigern des Kaufmannes (Komplementars) gegenüber mit seiner Einlage direkt oder indirekt als Kreditauftraggeber und Bürge für den letzteren aufgetreten ist (Art. 260)[5]).

IV. Aus allem Diesem ergibt sich, daß die stille Gesellschaft des A. D. HGB. im Wesentlichen die Natur eines modifizirten Darlehensverhältnisses besitzt, modifizirt durch eine Betheiligung des Gläubigers am Gewinne und Verluste des Handlungsgewerbes des Schuldners. Durch diese Betheiligung erhält das Rechtsverhältniß allerdings einen gesellschaftlichen Charakter, jedoch ohne durchgreifende Bedeutung. Denn die gesellschaftliche Natur des Verhältnisses tritt nach Außen gar nicht, sondern nur nach Innen und auch nach Innen nicht in allen wesentlichen Richtungen hervor [6]).

Rechtsverhältnisse dieser Art, welche an der Grenze zweier Rechtsgebiete stehen, finden sich im Handelsrechte mehrfach, denn der Begriff der

---

[5]) Daß die freiwillig kundgemachte stille Gesellschaft (Art. 260) sich der Kommanditgesellschaft des HGB. erheblich nähert, wurde schon in den Nürnberger Berathungen hervorgehoben. Das HGB. läßt den Privaten die Wahl nicht allein zwischen der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft, sondern auch zwischen der durch private Kundmachung veröffentlichten und der nicht veröffentlichten stillen Gesellschaft. Die Erfahrung allein muß lehren, ob die Interessen des Verkehrs und der Vertragsfreiheit dieser Dreitheilung, welche schon in den Nürnberger Berathungen eine Superfötation genannt wurde (Prot. S. 1161), bedürfen oder nicht. Nach dem, was bis jetzt vorliegt, scheint aber die Entwickelung eher zu einer Befestigung als zu einem Zurücktreten der Kommanditgesellschaft zu führen.

[6]) „Die mit ihr (der stillen Gesellschaft) in Geschäften Verkehrenden kennen nicht, mindestens nicht offiziell, das Vorhandensein des stillen Gesellschaftsverhältnisses, geschweige die Person des stillen Theilhabers als solchen, die Größe seiner Einlage oder den ihn treffenden Verlustantheil." Auerbach, Gesellschaftswesen S. 137.

gesellschaftlichen Vereinigung und Betheiligung ist ein überaus weiter und umfaßt viele verschiedene Arten. Nicht jedes Verhältniß, welches gesellschaftlicher und dabei zugleich handelsrechtlicher Natur ist, ist deshalb eine Handelsgesellschaft [7]). Die Betheiligung der Angestellten in einem kaufmännischen Geschäfte oder die Theilnahme der Arbeiter in einem gewerblichen Etablissement am Reingewinne des Unternehmens gibt dem Verhältnisse zwischen Handelsgehülfen (commis intéressé) und Prinzipal, zwischen Arbeiter und Arbeitgeber zweifellos einen gesellschaftlichen Charakter, aber das Verhältniß wird deshalb noch nicht zur Handelsgesellschaft, weil die Einräumung eines Gewinnantheiles an die Gehülfen oder Arbeiter diese noch nicht zu Unternehmern und Mitinhabern des Geschäftes macht [8]).

Dies findet auch Anwendung auf die moderne Gesellschaftsform der Industrial Partnerships, welche zuerst in England entstanden und neuerdings auch in Deutschland eingeführt ist und deren Verbreitung sich aus

---

[7]) Eigentliche und uneigentliche Handelsgesellschaften. Vgl. S. 4 dieses Bds.

[8]) Das Tantièmesystem, bei welchem die Arbeiter und Angestellten eines wirthschaftlichen Unternehmens neben einer festen Bezahlung ihrer Dienste und Arbeit vertragsmäßig noch einen, wenn auch beschränkten, Antheil am Gewinne des Unternehmens (Unternehmergewinn) erhalten, ist nicht ausschließlich modernen Ursprunges. Wohl aber ist die große Ausdehnung, welche dieses System in der Gegenwart theils bereits erhalten hat, theils noch weiter zu erhalten im Begriffe ist, eine Wirkung und Folge der modernen socialen Zustände, dabei aber auch der höheren Kultur der Gegenwart. Bekannt ist die Anwendung dieses gemischten Systemes auf die Direktoren und andere Beamte von Aktiengesellschaften, ferner die Anwendung auf Handelsgehülfen in größeren kaufmännischen Geschäften überhaupt, auf die s. g. commis intéressés. Die Frage, ob die letzteren durch ihre Gewinnbetheiligung zu Handelsgesellschaftern werden, ist in der französischen Jurisprudenz zwar früher bestritten gewesen, sie wird aber gegenwärtig mit Recht einstimmig verneint, wie die Literatur und die zahlreichen gerichtlichen Erkenntnisse bei Gilbert, Code de comm. annoté Art. 18 Nr. 29 ergeben. Aus der vertragsmäßigen Einräumung eines Antheiles am Geschäftsgewinne an einen Gehülfen oder Beamten des Geschäftes, selbst wenn derselbe eine Geldsumme als Kaution eingezahlt haben sollte, folgt für sich allein noch nicht einmal die Eigenschaft eines stillen Gesellschafters für diesen Beamten, vgl. das Erkenntniß des Handels-App.-Ger. zu Nürnberg v. 15. März 1867 in der Sammlung wicht. Entscheid. dieses Ger.-Hofes Bd. I S. 320 und die Erläuterungen zu Art. 250. — Aber auch für die in neuerer Zeit hauptsächlich empfohlene Ausdehnung des gemischten Tantièmesystemes auf die Arbeiter in industriellen Etablissements lassen sich ältere Vorbilder und Beispiele nachweisen. So ist in Nordamerika die Ver-

wirthschaftlichen wie aus anderen Gründen empfiehlt [9]). Diese Arbeitsgesellschaften sind rücksichtlich derjenigen Arbeiter keine Handelsgesellschaften, welche nach Maßgabe des Betrages ihrer in einem Geschäftsjahre verdienten Löhne einen Antheil am Reingewinne des Geschäftes erhalten, ohne mit Antheilen am Geschäfte selbst betheiligt zu sein, also nur rücksichtlich der Arbeiter-Nichtaktionäre. Diejenigen Arbeiter dagegen, welche am Geschäfte mit Antheilen betheiligt (Arbeiter-Aktionäre) sind, sind Handelsgesellschafter. Zu welcher Art der Handelsgesellschaften die Gesellschaft dann gehört, ist eine Frage des einzelnen Falles [10]).

V. Geht also der stillen Gesellschaft des A. D. HGB. die rechtliche Eigenschaft einer Handelsgesellschaft ab, so hat es eben deshalb auch nicht an Stimmen gefehlt, welche die Anerkennung und Regelung derselben als eines besonderen Rechtsinstitutes im Gesetzbuche überhaupt für überflüssig erklärten, indem es füglich den Privaten überlassen bleiben könne, diejenigen Modifikationen der Darlehensverträge, welche sich aus der gleichzei-

---

bindung von Zeitlohn und Gewinnquote, das s. g. Kommissionssystem, da besonders üblich, wo dem Arbeiter außergewöhnlich viel anvertraut wird; ferner findet dasselbe System aus sachlichen Gründen Anwendung bei den Matrosen in der Levante (Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie §. 39, Laband in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VII S. 307 in der Anm.) Und seit alter Zeit findet dasselbe Verfahren statt beim Wallfischfang, ein Matrose erhält hier nicht selten den sechsunddreißigsten Theil der Beute. Ebenso fährt auf den Kuttern der Ersten Deutschen Nordsee-Fischerei-Gesellschaft in Bremen die Bemannung auf Parte, d. h. Antheile am Erlöse des Fanges; von den eingeführten acht Parten erhält der Kapitän $1^5/_8$ und jeder der beiden Vollmatrosen $1^1/_8$, den Rest erhält die Gesellschaft (Bremer Handelsblatt 1868 S. 47). — Ueber eine Ausdehnung des Tantièmesystemes auf landwirthschaftliche Arbeiter, welche schon seit 1847 auf dem v. Thünen'schen Gute Tellow in Mecklenburg eingeführt ist, vgl. Bremer Handelsblatt 1867 Nr. 802, und G. Schumacher, über v. Thünen's Gesetz, Rostock 1869.

[9]) Engel, der Arbeitsvertrag und die Arbeitsgesellschaft, im Arbeiterfreund (Zeitschrift des Centralvereins in Preußen f. das Wohl der arbeitenden Klassen), 5. Jahrg. 1867 S. 129 f., 149, 150. Vgl. ferner: Das Industrial-Partnership-System, Augsburg 1868. Hierher gehören auch die von V. A. Huber beschriebenen französischen Dividendengenossenschaften (oder vielmehr Tatièmegenossenschaften), vgl. oben S. 53 Anm. 17.

[10]) Die in Berlin begründete Arbeitsgesellschaft (Industrial Partnership) des Neuen Berliner Messingwerkes von W. Borchert hat die Form der Aktienkommanditgesellschaft oder doch einer Kommanditgesellschaft, welche sich der Aktienkommandite nähert. Vgl. Engel a. a. O. S. 153.

tigen Uebernahme eines Verlust- und Gewinnantheiles ergeben, durch Nebenverträge zu ordnen und zu bestimmen.

Erscheint aber die Trennung der Kommanditgesellschaft von der stillen Gesellschaft, wie sie das A. D. HGB. durchgeführt hat, äußerlich Vielen als neu, so liegen die Anfänge dieser Unterscheidung doch auch schon im früheren Rechte vor und das Gesetzbuch hat durch Aufstellung einer neuen Terminologie und gewisser äußerer zur Unterscheidung dienender Kennzeichen nur diejenigen Gegensätze zur größeren Klarheit gebracht, welche sich früher in der Auffassung eines und desselben Rechtsinstitutes geltend machten.

Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft, wie sie gegenwärtig im HGB. gesondert und geregelt sind, dienen zwei verschiedenen wirthschaftlichen Arten der Kapitalbetheiligung an einem Handelsgewerbe, und es war ein glücklicher Gedanke, diesen gleichberechtigten, aber verschiedenen Funktionen in zwei besonderen und selbstständigen Rechtsinstitute ihren Ausdruck zu geben.

Ihren Ausgangspunkt mußte die Trennung beider Institute von dem Unterschiede nehmen, welcher im früheren Handelsrechte zwischen der veröffentlichten und nicht veröffentlichten stillen Gesellschaft bestand. Die Veröffentlichung war entweder eine freiwillige, durch Circulare und sonstige Anzeige an die Geschäftsfreunde, oder eine nothwendige, weil durch die Gesetzgebung vorgeschriebene, und letzteres war der Fall in denjenigen Ländern, in welchen das französische Handelsgesetzbuch oder eine diesem nachgebildete Gesetzgebung galt [11]. Mag nun die Bekanntmachung des Gesellschaftsverhältnisses eine freiwillige oder eine gesetzlich gebotene sein, in beiden Fällen hat sie die Wirkung, daß die Einlagen der stillen Gesellschafter alsdann nach Außen unbedingt für die Handlungsschulden des Komplementars oder vielmehr der stillen Societät haften und daß im Konkurse des Komplementars die Gesellschaftsgläubiger den stillen Gesellschaftern vorgehen. Die letzteren haben wegen derjenigen Summen, welche sie alsdann über ihren vertragsmäßigen Verlustantheil hinaus verlieren, nur eine den Forderungen der Societätsgläubiger nachstehende persönliche Forderung an den Komplementar, ganz wie dies gegenwärtig nach dem A. D. HGB. vom Kommanditisten im Gegensatze zu dem stillen Gesellschafter gilt [12].

Unverkennbar trat also bei der veröffentlichten stillen Gesellschaft

---

[11]) Code de commerce Art. 42 bis 44.

[12]) Vgl. oben §. III S. 333.

der Societätscharakter auch nach Außen hervor, sie hatte eine festere und förmlichere Organisation als die nicht veröffentlichte stille Gesellschaft; nur die erstere, nicht die letztere besitzt einen wirklichen Societätsfond, über welchen der Komplementar allein disponirt, und es bedurfte nur der weiteren legislativen Ausbildung dieser Verschiedenheit, um zu der im A. D. HGB. durchgeführten Trennung zu gelangen. Während man bei der einen Art der stillen Gesellschaft die ältere Auffassung und die älteren Rechtsvorschriften im Wesentlichen bestehen ließ, bildete man bei der anderen den Societätscharakter nach Innen wie nach Außen schärfer aus, setzte an die Stelle der privaten Veröffentlichung die Veröffentlichung durch das Handelsregister und legte der in dieser Weise neu geregelten Art der stillen Gesellschaft nach dem Vorgange des französischen HGB. den technischen Namen Kommanditgesellschaft bei [13]). Denn mit diesem Namen [14]) bezeichnen der Code de commerce und die ihm nachgebildeten Gesetzbücher eben diejenige Art der stillen Gesellschaft, bei welcher der volle Societätscharakter, also die Eigenschaft einer wirklichen Handelsgesellschaft mit einer Gesellschaftsfirma und einem Gesellschaftsvermögen auch nach Außen hervortritt und welche der Veröffentlichung durch das Handelsregister unterliegt [15]).

Konnte man dem preußischen Entwurfe den Vorwurf der Einseitigkeit machen, wenn derselbe lediglich die im französischen Handelsrechte als Kommanditgesellschaft ausgebildete Art der stillen Gesellschaft aufgenommen und daneben die andere s. g. deutsche stille Gesellschaft ganz bei

---

[13]) Die Anknüpfung an die veröffentlichte deutsche stille Gesellschaft hob der Referent in der zweiten Lesung ausdrücklich hervor. Die Kommanditgesellschaft des HGB. sei von der s. g. französischen verschieden und sei lediglich eine veröffentlichte deutsche stille Gesellschaft, nur insoweit noch merkantilisch ausgebildet, daß ihr eine Firma und Eigenthum verliehen sei. Prot. S. 1158.

[14]) Ueber die Ableitung desselben s. S. 340.

[15]) Code de comm. Art. 23: Elle (la société en commandite) est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires. Ebenso Badischer Anhang v. d. Handelsgesetzen Art. 23, ferner das HGB. für das Königreich Italien (publizirt 1865) Art. 118. Weitere Gesetzesstellen bei Goldschmidt, Diss. cit. §. 9 Anm. 1. Ueber die Veröffentlichung s. Code de comm. Art. 42 bis 44. Ueber das Vorkommen von Rechtsverhältnissen, welche der alten deutschen, nicht veröffentlichten stillen Gesellschaft im Gegensatze zur Kommanditgesellschaft gleichen, auch in Frankreich s. oben S. 177 Anm. 4.

Seite gelassen hatte [16]), so ist diese Einseitigkeit im Laufe der Berathungen schließlich dadurch gehoben worden, daß beide Institute zwar in ihrer rechtlichen Verschiedenheit anerkannt, aber auch beide ihre gesetzliche Regelung im HGB., wenn auch an verschiedenen Stellen desselben, gefunden haben [17]). Den Kontrahenten ist damit die freie Wahl gelassen, welcher der beiden Formen sie sich im einzelnen Falle zur Erreichung ihrer wirthschaftlichen Zwecke bedienen wollen, ob der Kommanditgesellschaft oder der stillen Gesellschaft, und das System des HGB. enthält demnach hier zugleich einen weiteren Fortschritt im Sinne der Vertragsfreiheit. Allerdings ist der von den Kontrahenten gewählte Name der Gesellschaft für sich allein noch nicht entscheidend, denn eine Gesellschaft kann sich stille Gesellschaft nennen und Kommanditgesellschaft sein und umgekehrt. Vielmehr entscheidet der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, dessen Einsicht und

---

[16]) Preuß. Entw. Art. 144—155, Motive S. 76. Vgl. die Kritik des preuß. Entw. in den Nürnberger Berathungen erster Lesung Prot. S. 290 f., ferner Goldschmidt, Kritik des preuß. Entw. Heft II S. 34 f. In der ersten Lesung wurden die Bestimmungen des preuß. Entwurfes theils völlig verworfen theils erheblich modifizirt und man kehrte in der Hauptsache zu dem Institute der älteren deutschen stillen Gesellschaft zurück, behielt sich jedoch vor, bei der zweiten Lesung auf die Frage zurückzukommen, welche Sätze aus der offenen Gesellschaft auf die stille Gesellschaft anwendbar sein sollten. Die erforderliche Ueberarbeitung des ganzen Abschnittes wurde der Redaktionskommission übertragen und führte zu einer ganz neuen Vorlage für die zweite Lesung.

[17]) Zu dieser nahe liegenden Ausgleichung der verschiedenen und sich theilweise diametral entgegenstehenden Ansichten über die Berechtigung der einen oder der anderen juristischen Konstruktion der stillen Gesellschaft gelangte man erst in der zweiten Lesung und es ist das Verdienst der Redaktionskommission sowie des Referenten, daß man dazu gelangte. Vgl. den lichtvollen Vortrag eines Mitgliedes der Redaktionskommission in den Prot. S. 1030 bis 1033 und den Antrag der letzteren nebst Motiven S. 1151 bis 1161. In der ersten Lesung war man sich der Thatsache, daß es sich in Wirklichkeit nicht um ein einziges, sondern um zwei verschiedene Institute handele, nicht völlig klar bewußt gewesen. Die Beschlüsse der zweiten Lesung stießen zwar außerhalb der Konferenz theilweise auf lebhaften Widerspruch, so in dem Gutachten über den Entwurf zweiter Lesung von Goldschmidt, Zeitschr. Bd. III Beilageheft S. 56 f. und bei Schliemann, kritische Bemerkungen, Schwerin 1858, S. 42 f. In der dritten Lesung blieb man jedoch unter gleichzeitiger Annahme einiger wesentlichen Verbesserungen bei dem adoptirten Systeme stehen.

Prüfung in diesen Fällen für den Richter von besonderer Wichtigkeit ist[18]).

Mit der stetigen, wenn auch langsamen, Ausbreitung, welche das Institut der Kommanditgesellschaft in mehreren Gegenden Deutschlands erlangt hat, in welchen dasselbe nach seiner gegenwärtigen Gestaltung früher überhaupt nicht bekannt oder nicht üblich war[19]), stimmt alles dasjenige überein, was in der zweiten Lesung des Entwurfes zur Rechtfertigung des jetzt angenommenen Systemes angeführt worden ist[20]). Und wenn die Parteien mit Rücksicht auf bestehende Traditionen und auf die

---

[18]) Vgl. hierüber S. 16 Anm. 27 und Thöl §. 43a Nr. IV. Nicht blos die eine oder die andere Bezeichnung kann unrichtig gebraucht sein, sondern es kann auch an jeder näheren Bezeichnung der Gesellschaft fehlen. Der sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergebende Wille der Parteien ist allein entscheidend und diesen hat der Richter zu erforschen. Es ist kein Fehler des HGB., daß es hier das entscheidende Gewicht auf die materielle Wahrheit und nicht auf die formelle Bezeichnung legt, es verbleibt hier nur bei der gewöhnlichen Auslegungsregel der Verträge (Art. 278 des HGB.).

[19]) So waren z. B. von den im I. Quartale 1869 in das Handelsregister des Stadtgerichtes zu Berlin neu eingetragenen Handelsgesellschaften 67 offene Gesellschaften, 3 Kommanditgesellschaften, 1 Kommanditgesellschaft auf Aktien, 3 Aktiengesellschaften; Berliner Börsenzeit. 31. März 1869, Extrabeilage. Gegenüber der Zahl der offenen Handelsgesellschaften bilden alle anderen Arten immer nur die Ausnahme. Daß selbst im Bezirke des Pariser Handelsgerichtes, in welchem sich die größte Zahl aller Arten von Handelsgesellschaften findet, von allen eingetragenen Gesellschaften durchschnittlich 75 Prozent auf die offenen Gesellschaften kommen, ist bereits zu Art. 85 (S. 76) hervorgehoben worden.

[20]) Bei der von der Redaktionskommission vorgeschlagenen neuen Fassung dieses Abschnittes wurde von einem Mitgliede derselben bemerkt: „Hiebei müsse man zwar davon ausgehen, daß die alte deutsche stille Gesellschaft allerdings in Deutschland noch jetzt an den meisten Orten gebräuchlich sei. Aber dieser lediglich statistische Maßstab entscheide nicht, denn die neue stille Gesellschaft (Kommanditgesellschaft) sei für den Handel ungleich bedeutender, sie habe eine größere Zukunft und sei merkantilisch ausgebildeter. Daher dürfe die neue Gesetzgebung zwar die alte (stille) Gesellschaft nicht ausschließen, aber sie müsse die neue voranstellen und ihr das Hauptaugenmerk zuwenden". (Prot. S. 1032.) Uebrigens darf hierbei nicht übersehen werden, daß die Ausbreitung des Institutes der Aktienkommanditgesellschaft, welche seit dem J. 1850, also schon vor dem HGB., eingetreten war, auch einen Umschwung in der Auffassung der einfachen stillen Gesellschaft hervorrufen mußte.

besonderen Vortheile für den stillen Gesellschafter auch in Zukunft noch an der stillen Gesellschaft festhalten, so entsteht dadurch keine Kollision mit dem neu geschaffenen Institute der Kommanditgesellschaft[21]).

VI. Der Name Kommanditgesellschaft knüpft an ältere und theilweise sehr alte Institute des italienischen und französischen Handelsrechtes an[22]), derselbe ist auf die allgemeine, wenn auch nicht scharf begrenzte Bedeutung von commendare im Sinne von anvertrauen, deponiren, hingeben, zurückzuführen[23]). Der Kommanditist hat also seinen Namen davon, daß er seine Geschäftseinlage dem voll haftenden Gesellschafter anvertraut; ganz verfehlt würde dagegen die Ableitung von commander, befehlen, sein[24]).

---

[21]) Ob die Kommanditgesellschaft in den Hansestädten Hamburg, Lübeck und Bremen zur praktischen Anwendung gelangen werde, wird bezweifelt, da man sich dort zur limitirten Betheiligung an Handelsgeschäften auch noch gegenwärtig der stillen Gesellschaft bedient. Die Kommissionsberichte über die Einführung des A. D. HGB. in Hamburg (Hamburg bei O. Meißner, 1866) erblicken aber gleichwohl in der Einführung der Kommanditgesellschaft neben der stillen nicht eine Kollision mit dem bestehenden Rechte, sondern eine Bereicherung desselben (S. 20). Daß in der That eine solche Bereicherung vorliegt, zeigt sich auch darin, daß jetzt die stille Gesellschaft mit der Kommanditgesellschaft zu einer neuen Gesellschaftsform kombinirt werden kann, s. die Erläuterungen zu Abs. 2 des Artikels.

[22]) Commenda, commendum, accomenda, ital. accomandita, franz. commande. S. die reichhaltigen Zusammenstellungen bei Goldschmidt in der a. Diss. §. 2 f., ferner bei Biener, wechselrechtl. Abhandlungen S. 21. Vgl. namentlich auch Laband, das Seerecht von Amalfi in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 305 Anm. 8.

[23]) Im Sinne von deponere wird commendare bekanntlich schon im römischen Rechte gebraucht, l. 186 D. de V. S. 50, 16: commendare nihil aliud est quam deponere; l. 24, 26 D. 16, 3; l. 14 §. 4 D. 11, 7. Diese Bedeutung, sowie ferner diejenige von leihen und hingeben überhaupt hat commendare nun auch vorzugsweise in den ältesten germanischen Volksrechten, so in der Lex Salica ed. Merkel Nov. 261 De terra commendata.

[24]) Diese Ableitung ist merkwürdiger Weise von Treitschke Gewerbsgesellschaft 2. Aufl. 1844 S. 17 als feststehend angenommen worden, obgleich Treitschke selbst zugeben muß, daß der Kommanditist dem Komplementar nichts zu befehlen habe. Tr. meint jedoch, die Kommanditgesellschaft habe ihren Namen daher, weil man mit Kommandite die Zweigniederlassungen und Nebencomptoir's bezeichne, bei welchen allerdings der Inhaber des Hauptetablissements als befehlend gedacht werden kann. Allein auch dann, wenn das Wort Kommandite in dieser zweiten Bedeutung gebraucht wird, ist es immer wieder auf commendare, anvertrauen, nicht aber auf ein Befehlen

Der persönlich haftende Gesellschafter wird Komplementar genannt, nicht deshalb, weil er die Einlage des Kommanditisten durch seine Geschäftsführung gleichsam ergänzt[25]), sondern weil er allein für die Gesellschaft firmirt, also namentlich Schriftstücke vollzieht und unterzeichnet.

Mit dem Namen Kommandite bezeichnet man jedoch auch die bloße Zweigniederlassung (Filiale, Succursale, Nebencomptoir) eines Einzelkaufmannes[26]) oder einer Handelsgesellschaft, ohne daß dabei an eine Kommanditgesellschaft gedacht wird. Auch in dieser Bedeutung ist der Ausdruck darauf zurückzuführen, daß der Inhaber des Hauptetablissements dem Geschäftsführer seiner Zweigniederlassung (Art. 21 des HGB.) das erforderliche Geschäftskapital anvertraut, allein nur der Inhaber des Hauptetablissements ist dann auch zugleich Inhaber des Zweiggeschäftes, für dessen Verbindlichkeiten er persönlich haftet und welches für seine Rechnung verwaltet wird, der Kommandite fehlt also die selbständige Existenz sowohl in wirthschaftlicher wie in juristischer Hinsicht. Eine Kommanditgesellschaft stellt dagegen stets ein selbständiges Etablissement dar, wenigstens nach Außen, wenn sie auch nur zu dem Zwecke errichtet sein sollte, um den Interessen eines anderen kaufmännischen Geschäftes zu dienen, mit dessen Kapital sie gegründet ist[27]). Ein derartiges besonderes Vertragsverhält-

---

zurückzuführen. Betrachtet man freilich die Entwickelung, welche eine Unterart der Kommanditgesellschaft, nemlich die Aktienkommanditgesellschaft, genommen hat, so könnte man versucht sein, jener sprachlich unrichtigen Ableitung gleichwohl aus sachlichen Gründen beizustimmen, indem bei diesen Gesellschaften die Rollen faktisch oder statutarisch so vertauscht sein können, daß die Kommanditisten die Befehlenden und die Komplementare die Befohlenen sind.

[25]) Wie Auerbach, Gesellschaftswesen S. 139 annimmt.

[26]) Vgl. das Erk. des Stadtgerichtes zu Frankfurt a. M. in Busch' Archiv Bd. VIII S. 299 und Brinckmann §. 54 Anm. 1.

[27]) Wenn der Bankier Z. in Wien es für vortheilhaft findet, eine besondere Vertretung seines Bankgeschäftes in Frankfurt a. M. zu besitzen, so kann er dies in den verschiedensten Formen erreichen. Unter Anderem auch in der Form, daß er mit dem L., welcher vielleicht in dem Geschäfte des Z. angestellt gewesen ist, eine Kommanditgesellschaft in Frankfurt errichtet, in welcher L. persönlich haftender Gesellschafter wird, während Z. als Kommanditist 200,000 fl. einlegt und welche ein für allemal die Geschäfte und Aufträge des Wiener Hauses Z. besorgen soll. Hier kann man allerdings sagen, die Firma L. und Komp. in Frankfurt sei eine Kommandite des Hauses Z. in Wien, allein immerhin ist die erstere Firma eine nach Außen völlig selbständige Handelsgesellschaft, während dies bei einer Zweigniederlassung (Agentur) des Z. in Frankfurt nicht der Fall sein würde.

niß hebt aber die selbständige Existenz der beiden Etablissements nach Außen nicht auf.

VII. Da nicht blos physische, sondern auch juristische Personen gewerbemäßig Handelsgeschäfte treiben und mithin unter die Kategorie der Kaufleute fallen können[28]), so erscheint es auch vollkommen zulässig, daß sich eine juristische Person mit anderen Personen zum gemeinsamen Betriebe eines Handelsgewerbes vereinigt, mögen diese anderen nun physische oder wiederum juristische Personen sein[29]). Demnach kann sich eine juristische Person mit anderen Personen auch zu einer Kommanditgesellschaft vereinigen, die juristische Person kann persönlich haftender Gesellschafter und eine physische Person kann Kommanditist sein oder umgekehrt, aber auch sowohl Komplementar als Kommanditist können juristische Personen sein. An der juristischen Natur der Kommanditgesellschaft wird dadurch nichts geändert. Ist der persönlich haftende Gesellschafter eine juristische Person, so haftet die letztere nicht blos mit ihrer Geschäftseinlage oder mit ihrem Geschäftsantheile, sondern sie haftet für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft persönlich mit ihrem ganzen übrigen Vermögen. In einem solchen Falle haftet also der Fiskus als persönlich haftender Gesellschafter mit dem gesammten Staatsvermögen; Gemeinden, Stiftungen, Korporationen haften mit ihrem ganzen Kommunal-, Stiftungs- oder Korporationsvermögen. Ob das übrige Vermögen einer juristischen Person zur Bezahlung solcher Schulden ausreicht, ist eine thatsächliche Frage, welche das Prinzip der persönlichen Haft des Komplementars nicht alterirt, denn einen Ausfall hinsichtlich ihrer Forderungen können die Gläubiger auch in dem Falle erleiden, wenn der Komplementar eine physische Person ist und das Vermögen desselben zur Befriedigung der Gläubiger unzureichend ist.

Was hier von den juristischen Personen im Allgemeinen bemerkt ist, gilt auch von den Handelsgesellschaften[30]) und insbesondere von den

---

Dergleichen Kommanditirungen kommen vorzugsweise im Bankgeschäfte vor, so hat sich z. B. die Braunschweigische Bank nach Aufhebung ihrer Agentur in Hamburg (1866) an einer dortigen Kommanditgesellschaft mit 150,000 Thlr. betheiligt, vgl. Saling, die norddeutschen Börsenpapiere, 1868, S. 280.

[28]) Der Fiskus, die Städte, Stiftungen u. s. w. rücksichtlich solcher dauernder Unternehmungen, bei welchen der alleinige oder doch der Hauptzweck in der Erzielung eines finanziellen Gewinnes besteht. Vgl. Bd. I S. 40 dieses Kommentars und Goldschmidt, Handbuch I S. 348.

[29]) Dies ist schon in Bd. I S. 41 zu Art. 4 des HGB. hervorgehoben worden.

[30]) So auch v. Hahn zu Art. 150 §. 3.

Aktiengesellschaften. Eine Aktiengesellschaft, welche für sich ein selbständiges Handelsgewerbe betreibt, kann ein zweites kaufmännisches Unternehmen in Form einer Kommanditgesellschaft betreiben, bei welcher sie persönlich haftender Gesellschafter ist, während andere Personen als Kommanditisten dabei betheiligt sind[31]). In der Praxis findet sich allerdings das umgekehrte Verhältniß häufiger: der Komplementar ist eine offene Handelsgesellschaft oder ein Einzelkaufmann und an der Gesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, z. B. eine Kreditbank als Kommanditistin mit einer bestimmten Einlage betheiligt[32]).

VIII. Vermögenseinlagen.

Ueber die verschiedenen Arten der Vermögenseinlagen und über die Voraussetzungen, unter welchen angenommen werden muß, daß ein von einem persönlich haftenden Gesellschafter oder von einem Kommanditisten eingebrachter Gegenstand in das Eigenthum der Gesellschaft übergegangen sei, sind die Erläuterungen zu Art. 91 zu vergleichen (S. 122 f.), dessen Bestimmungen auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden. (Art. 157.)

IX. Zu Abs. 2. Zur Existenz einer Kommanditgesellschaft gehört das Vorhandensein mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters (Komplementars) und mindestens eines Kommanditisten. Es können aber auch mehrere Komplementare neben einem oder mehreren Kommanditisten oder mehrere Kommanditisten neben einem Komplementare vorkommen.

1) Sind mehrere Komplementare vorhanden, so tritt rücksichtlich dieser Mitglieder nach Innen wie nach Außen das Rechtsverhältniß der offenen Handelsgesellschaft ein. Persönlich haften aber die Mitglieder dann, wenn ihre Haft nach Außen nicht auf bestimmte Vermögenseinlagen beschränkt

---

[31]) Ein derartiges Rechtsverhältniß findet bei der Rotterdamer Bank (mit 8 Millionen Gulden Gesellschaftskapital) statt, an welcher außer den Aktionären auch noch Kommanditisten betheiligt sind. Vgl. Hinsberg über die auf Gegenseitigkeit beruhenden Kreditsysteme, Barmen 1867. Jedoch würde sich der besondere Zweck dieser Einrichtung in Deutschland unter der Herrschaft des allg. d. HGB. viel leichter durch die Zulassung stiller Gesellschafter, nicht von Kommanditisten erreichen lassen.

[32]) Derartige Betheiligungen an fremden industriellen Unternehmen sind bisher das charakteristische Kennzeichen der modernen Crédits mobiliers nach französischem Muster gewesen, bekannt sind auch die großen Verluste, welche in der Mehrzahl solcher Fälle für die Banken daraus entstanden sind. S. Saling, die norddeutschen Börsenpapiere, Berlin 1868, S. 275—303. Ob aber die Betheiligung die Form einer Kommanditeinlage habe oder nicht, muß in jedem einzelnen Falle erst untersucht werden.

ist[33]); auch hier genügt das negative Erforderniß, daß jemand an einer Handelsgesellschaft als Mitglied theilnimmt, ohne Kommanditist zu sein, es tritt dann sofort die Rechtswirkung aus Art. 85 ein.

Nach Außen macht sich dies Verhältniß geltend in der solidarischen Haft dieser Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft; die solidarische Haft tritt hier wie bei der offenen Handelsgesellschaft kraft Gesetzes und ohne vertragsmäßige Festsetzung ein. Auf das innere Verhältniß aber, d. h. auf das Verhältniß dieser Gesellschafter unter einander finden die Art. 90 u. f. des HGB. Anwendung. Man kann alsdann sagen, bei einer solchen Kommanditgesellschaft sei der Komplementar eine offene Handelsgesellschaft, nur hat dies nicht die Bedeutung, daß eine solche Mehrheit von persönlich haftenden Gesellschaftern stets auch als ein besonderes Rechtssubjekt aufgefaßt und behandelt würde, als eine zweite Gesellschaft mit besonderem Gesellschaftsvermögen und besonderer Firma neben der Firma der Kommanditgesellschaft. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nicht als Einzelne sondern ausdrücklich als Handelsgesellschaft beigetreten sind, und dies ist wiederum nur dann möglich, wenn sie bereits bei Errichtung der Kommanditgesellschaft eine andere Handelsgesellschaft unter eigener Firma bilden und diese andere Gesellschaft während der Dauer der Kommanditgesellschaft als ein von letzterer verschiedenes kaufmännisches Etablissement fortbesteht[34]). In diesem Falle kommen die Mitglieder dieser anderen Gesellschaft für die Kommanditgesellschaft nicht als eine Mehrheit von persönlich haftenden Gesellschaftern, sondern nur als ein persönlich haftender Gesellschafter in Betracht, denn nicht die einzelnen Mitglieder jener anderen Gesellschaft sind individuell jeder für sich in die Kommanditgesellschaft eingetreten, sondern lediglich die andere Gesellschaft als Ganzes, als juristische Person[35]). Die letztere wird alsdann nach den für sie geltenden besonderen vertragsmäßigen und gesetzlichen Bestimmungen auch in der Kommanditgesellschaft vertreten. Daß ein solches Rechtsverhältniß zu Verwickelungen eigenthümlicher Art führen kann, namentlich im Falle des Konkurses, ist nicht zu bestreiten, rechtlich erlaubt ist es jedoch deshalb nicht weniger.

---

[33]) Vgl. S. 178 dieses Bandes.

[34]) So auch v. Hahn zu Art. 150 §. 3 und 4.

[35]) Z. B. die bereits bestehende offene Handelsgesellschaft in Firma Haller und Mohr gründet ein zweites selbständiges Geschäft in Form einer Kommanditgesellschaft, in welche sie unter ihrer Firma Haller und Mohr als persönlich haftender Gesellschafter eintritt.

Wenn dagegen zu einer Kommanditgesellschaft mehrere persönlich haftende Gesellschafter als einzelne beitreten, so bilden sie deshalb allein noch keine offene Gesellschaft mit besonderer Firma und besonderem Gesellschaftsvermögen neben und innerhalb der Kommanditgesellschaft, sondern jeder von ihnen ist für sich Theilhaber der Kommanditgesellschaft; die mehreren persönlich haftenden Gesellschafter bilden dann zwar eine besondere Gruppe innerhalb der Kommanditgesellschaft, allein sie bilden keine juristische und keine wirthschaftliche Einheit[36]).

Es ergibt sich hieraus, daß die Fassung des Abs. 2 des Artikels nicht glücklich gewählt ist und leicht zu Mißverständnissen führen kann.

Ob in dieser Fassung nicht eine letzte Nachwirkung der Verwechslung von Kommandit- und stiller Gesellschaft liegt, mag dahin gestellt bleiben. Wenn nämlich an einer Handelsgesellschaft mehrere persönlich haftende Gesellschafter Theil nehmen und außerdem noch ein stiller Gesellschafter, nicht aber ein Kommanditist betheiligt ist (Art. 250 des HGB.), so ist die Gesellschaft für die ersteren allerdings im vollsten Sinne des Wortes eine offene; nur sie, nicht aber die stille Gesellschaft hat eine Firma und ein Gesellschaftsvermögen.

2) Wenn an der Gesellschaft mehrere Kommanditisten Theil nehmen, so stehen diese dem Komplementare oder den Komplementaren in Ermangelung besonderer Verträge immer nur als Einzelne gegenüber.

Durch besondere Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage können jedoch auch die Kommanditisten zu einem besonderen Verbande mit besonderer Organisation vereinigt werden und dadurch können neue Unterarten der Kommanditgesellschaft entstehen. Das HGB. hat die wichtigste dieser Unterarten, die Aktien-Kommanditgesellschaft, besonders hervorgehoben und geregelt (Art. 173 f.), woraus jedoch nicht folgt, daß nur diese Form der Organisation rechtlich zulässig wäre; vielmehr besteht auch in dieser Hinsicht eine vollkommene Vertragsfreiheit für die Gesellschafter (Art. 90) und es können demnach auch andere Formen für die besonderen Verbände der Kommanditisten vertragsmäßig eingeführt werden[37]).

---

[36]) Z. B. die drei Kaufleute L. Haller, B. Mohr und F. Goldberg, welche die alleinigen Theilhaber der in der vorigen Anmerkung erwähnten offenen Handelsgesellschaft unter der Firma Haller und Mohr sind, gründen ein zweites selbständiges Geschäft in Form einer Kommanditgesellschaft, in welche sie nicht mit der Firma H. und M., sondern als Einzelne eintreten.

[37]) So findet sich das Institut des Verwaltungs- und Aufsichtsrathes auch bei solchen einfachen Kommanditgesellschaften (ohne Aktienemission), welche eine erhebliche Anzahl von Kommanditisten haben.

3) Auch noch eine dritte Klasse von Theilnehmern kann sich bei einer Kommanditgesellschaft finden, nämlich stille Gesellschafter nach Art. 250 des HGB. im Gegensatze zu den Kommanditisten. Solche stille Gesellschafter sind nicht Theilhaber am Handelsgewerbe der Kommanditgesellschaft, sie sind nicht Handelsgesellschafter, welche mit dem Komplementar und den Kommanditisten ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, sondern die Kommanditgesellschaft als solche steht den stillen Gesellschaftern als Kontrahent gegenüber, ohne daß diese Mitglieder der Kommanditgesellschaft sind. Wenn sich derartige Verhältnisse, welche immer nur auf besonderen und eigenthümlichen Verträgen beruhen werden, bis jetzt vorzugsweise nur bei einzelnen Aktienkommanditgesellschaften finden, so besteht kein rechtliches Hinderniß, welches der Anwendung desselben auch bei der einfachen Kommanditgesellschaft entgegenstände[38]).

---

[38]) Ein Beispiel dieser Art aus neuerer Zeit ist die Aktien-Kommanditgesellschaft Barmer Bankverein Hinsberg, Fischer und Comp., gegründet 1867. Bei derselben ist die Trennung zwischen Kommanditisten und stillen Gesellschaftern auf Grund des allg. d. HGB. völlig streng durchgeführt. Die Kommanditgesellschaft selbst besteht aus zwei persönlich haftenden Gesellschaftern und aus Kommanditaktionären, das Gesellschaftskapital betrug nach der Bilanz v. J. 1868: 1,108,000 Thlr. Die Gesellschaft nimmt aber nach Art. 1 ihrer Bedingungen außerdem auch stille Gesellschafter im Sinne der Art. 250 bis 265 des allg. d. HGB. auf; jeder stille Gesellschafter zahlt in die Kasse des Vereines 5% des Betrages, mit welchem er sich betheiligt hat und es wird ihm dafür Seitens des Vereines in zu verabredender Weise ein Kredit eröffnet, dessen Höhe gleichkommt der Summe, mit welcher er sich betheiligt hat. Für die Verluste des Vereines sind die stillen Gesellschafter stets nur mit 5% ihrer Betheiligung verhaftet, der Mehrbetrag des Verlustes wird von dem Bankvereine selbst getragen. Andererseits erhalten aber die stillen Gesellschafter einen Antheil am Gewinne des Bankvereines. Es wird nämlich die Gesammtsumme der Provision, welche der Bankverein aus den mit den stillen Gesellschaftern innerhalb des stillen Gesellschaftsvertrages gemachten Geschäften jährlich erzielt, zwischen dem Bankvereine und den stillen Gesellschaftern getheilt, der Bankverein erhält die eine Hälfte, die stillen Gesellschafter erhalten die andere, aus der letzteren Hälfte wird jedoch vorab ein Spezialreservefonds angesammelt. Man sieht, daß hier die Zulassung von stillen Gesellschaftern neben den Kommanditisten zum Zwecke einer eigenthümlichen Kreditassociation und Kreditversicherung der stillen Gesellschafter stattfindet; vor dem allg. d. HGB. würde man eine derartige Kombination dadurch haben erreichen können, daß man vertragsmäßig zwei verschiedene Klassen von stillen Gesellschaftern oder Kommanditisten unterschied, wie dies z. B. bei der Berliner Diskontogesellschaft rücksichtlich der Kommanditäre und der Mitbetheiligten der Fall war. S. auch oben Anm. 21.

X. Zu Abs. 3.

Ueber die Formlosigkeit der Errichtung der Gesellschaft und über die Voraussetzungen, unter denen ein stillschweigend abgeschlossener Gesellschaftsvertrag anzunehmen ist, sind die Erläuterungen zu Art. 85 Abs. 2 zu vergleichen, welche hier analog zur Anwendung kommen.

Art. 151.

Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist von sämmtlichen Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung muß enthalten:

1) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
2) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Kommanditisten mit der Bezeichnung desselben als solchen;
3) die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
4) den Betrag der Vermögenseinlage jedes Kommanditisten.

Die Anmeldung muß von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet, oder in beglaubigter Form eingereicht werden; sie ist nach ihrem ganzen Inhalte in das Handelsregister einzutragen. Bei der Bekanntmachung der Kommanditgesellschaft in den öffentlichen Blättern (Art. 13) unterbleibt die Angabe der Namen, des Standes und des Wohnortes der Kommanditisten, sowie die Angabe des Betrages ihrer Vermögenseinlagen.

Preuß. Entw. Art. 145. — I. Entw. Art. 146. — II. Entw. Art. 143. — Prot. S. 289—294. 1096 f. 1147 f. 4655—4662.

I. Die Anmeldung der Kommanditgesellschaft bei'm Handelsgerichte muß durch sämmtliche Gesellschafter erfolgen, nicht blos durch den persönlich haftenden Gesellschafter, sondern auch durch den Kommanditisten und, wenn mehrere Komplementare oder mehrere Kommanditisten vorhanden sind, durch jeden von ihnen. Durch diese Bestimmung wird die Eintragung auf bloßen einseitigen Antrag vermieden.

Hinsichtlich sämmtlicher bei der Anmeldung zu beobachtenden Förmlichkeiten gilt das zu Art. 88 §. I (S. 108) Bemerkte. Vgl. ferner über die Klage auf Vornahme der Anmeldung Art. 86 §. VII (S. 102 f.), sowie über die Frage, was aus dem Inhalte der Anmeldung in das Register einzutragen oder nicht einzutragen sei, die Erläuterungen zu Art. 86 §. VI (S. 98 f.). Ebenso kommt hinsichtlich der Anmeldung und Eintragung streitiger Thatsachen[1]) das zu Art. 88 §. VI (S. 113) zur Anwendung.

II. Nicht erwähnt ist in der Aufzählung in Ziff. 1 bis 4 des Art. 151 der Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, während die Eintragung dieses Zeitpunktes bei der offenen Handelsgesellschaft im Art. 86 Ziff. 3 ausdrücklich vorgeschrieben ist. Der Grund dieser Weglassung liegt in der besonderen Bestimmung des Art. 163 Abs. 3, nach welcher als Regel festgehalten wird, daß die Kommanditgesellschaft Dritten gegenüber erst mit der Eintragung in das Handelsregister beginnt, weil der Beginn der Geschäfte vor diesem Zeitpunkte für den Kommanditisten den Nachtheil nach sich ziehen kann, daß er Dritten gegenüber nicht wie ein Kommanditist, sondern persönlich und solidarisch haftet.

III. Die Bestimmung, daß bei der Bekanntmachung der Kommanditgesellschaft in den öffentlichen Blättern sowohl die Angabe der Namen der Kommanditisten als auch die Angabe des Betrages ihrer Vermögenseinlagen unterbleiben soll, enthält eine der wenigen Ausnahmen von dem im Art. 13 des HGB. aufgestellten allgemeinen Prinzipe der Veröffentlichung der Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach. Die Oeffentlichkeit des Handelsregisters selbst, Art. 12 des HGB., bleibt daneben gleichwohl bestehen.

Darin, daß der Name des Kommanditisten zwar in das Register eingetragen, aber nicht veröffentlicht wird, liegt eine Nachwirkung der nicht persönlichen, sondern nur pekuniären Betheiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft; die Person desselben tritt in den Hintergrund, während die offene Gesellschaft hauptsächlich auf der Persönlichkeit ihrer Mitglieder beruht[2]).

---

[1]) Z. B. bei der Anmeldung der Gesellschaft bezeichnet der Socius B. sich als Kommanditist, während die übrigen behaupten, derselbe sei offener oder persönlich haftender Gesellschafter.

[2]) Demnach lautet die Veröffentlichung entweder so: „Die Gesellschaft besteht aus dem Kaufmanne Moritz L. zu M. als persönlich haftendem Gesellschafter und einem (bez. zwei, drei) Kommanditisten". Oder noch kürzer: „Die Gesellschaft ist eine Kommanditgesellschaft, der in M. wohnende Kaufmann Moritz L. ist persönlich haftender Gesellschafter".

Indeß ist dies nicht dahin zu verstehen, daß es unter allen Umständen für Dritte gleichgültig sei, die Person des Kommanditisten zu kennen, denn wenn die Vermögenseinlage des Kommanditisten noch nicht eingezahlt, sondern blos versprochen ist (Art. 161, 165), so ist die Zahlungsfähigkeit des Kommanditisten und insoferne die Kenntniß der Persönlichkeit des letzteren für die Gläubiger der Gesellschaft allerdings von Gewicht[3]). Allein auch abgesehen von diesem Falle kann die Kenntniß der Person des Kommanditisten für Dritte von Interesse sein, insoferne es für den Kredit der Gesellschaft unter Umständen nicht gleichgültig ist, daß das Publikum erfährt, wer die Persönlichkeiten sind, welche dem persönlich haftenden Gesellschafter durch ihre Kommanditbetheiligung ein mehr oder minder erhebliches Vertrauen geschenkt haben. Demjenigen nun, welcher aus diesen oder aus anderen Gründen den Namen des Kommanditisten kennen lernen will, steht die Einsicht des Handelsregisters sowie der Antrag auf Ertheilung eines Auszuges aus demselben auf Grund des Art. 12 des HGB. offen. Auf demselben Wege können Dritte auch den Betrag der Kommanditeinlagen kennen lernen, was um so wichtiger ist, als auch die gänzliche oder theilweise Zurückzahlung der Einlage in das Handelsregister eingetragen werden muß, um Dritten gegenüber wirksam zu sein (Art. 171)[4]).

Die Veröffentlichung der Namen der Kommanditisten sowie der Angabe des Betrages der Kommanditeinlagen darf durch das Gericht selbst dann nicht erfolgen, wenn die Gesellschafter die Veröffentlichung beantragen. Es folgt dies nicht nur aus der klaren und präzisen Bestimmung dieses Artikels und des Artikel 13, sowie aus dem inneren Zusammenhange dieser Bestimmung, sondern es ist dies auch bei der Berathung des Art. 151 noch ausdrücklich hervorgehoben worden[5]).

---

[3]) Nach dem preuß. Entw. Art. 145 sollte der Name des Kommanditisten (stillen Gesellschafters) auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Bei der Berathung in Nürnberg wurde dagegen mit Recht bemerkt, das Bekanntmachen der Einlage ohne Angabe desjenigen, welcher sie versprochen habe, sei illusorisch und geeignet, das Publikum zu täuschen. Wenn ein Kapitalist seinen Namen nicht genannt wissen wolle, so könne er jetzt statt der Kommanditgesellschaft die stille Gesellschaft wählen. (Prot. S. 1096, 1097.)

[4]) Bei den Berathungen wurde die amtliche Veröffentlichung der Einlage in den Zeitungen deshalb für bedenklich gefunden, weil der Richter nicht untersuchen könne, ob die angebliche Einlage wirklich gemacht sei und somit die Veröffentlichung ebensowohl Wahres als Unwahres enthalten könne. Deshalb dürfe die Veröffentlichung hier nicht einmal auf Antrag der Betheiligten erfolgen (Prot. S. 1097).

[5]) S. die vorige Anmerkung. — Man sollte glauben, daß die Gerichte der-

Art. 152.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Kommanditgesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muß dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muß die in Art. 151 Ziff. 1—4 bezeichneten Angaben enthalten, und von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden.

Prot. S. 4655—4662.

Die Anmeldung der Gesellschaft bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung, sowie die in den Art. 155, 156 und 171 erwähnten Anmeldungen müssen von sämmtlichen Gesellschaftern schlechthin, also auch von den Kommanditisten unterzeichnet werden (Art. 151, 155, 156). Die Anmeldung der Zweigniederlassung dagegen wird nur von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern, nicht auch von den Kommanditisten unterzeichnet. Die Anmeldung einer Zweigniederlassung wird demnach vom HGB. als ein Akt der den Komplementaren allein zustehenden Geschäftsführung angesehen.

Die Bestimmung des Art. 21 Abs. 3, derzufolge die Zweigniederlassung nicht eher eingetragen werden darf, als bis nachgewiesen ist, daß die Hauptniederlassung bereits bei dem zuständigen Gerichte eingetragen ist, kommt auch hier zur Anwendung [1]).

---

artige Veröffentlichungen überhaupt nicht vornehmen werden. Gleichwohl ist folgende gerichtliche Veröffentlichung vorgekommen: „Firma der Gesellschaft: H. u. Co., Sitz der Gesellschaft: U., Rechtsverhältnisse der Gesellschaft: Kaufmann Joh. H. zu U. mit einer Einlage von 6134 Thlr. 2 Sgr. 6 Pf., Kaufmann C. K. zu B. mit einer Einlage von 1818 Thlr. 5 Sgr. 9 Pf., die Erben der Ehefrau O. B. zu D. mit einer Einlage von 2047 Thlr. 21 Sgr. 9 Pf. Der Kaufmann Joh. H. vertritt die Gesellschaft allein und haftet persönlich, während die übrigen Theilhaber nur Kommanditisten sind". Dieses Beispiel kann dazu dienen, zu zeigen, wie eine Veröffentlichung nicht lauten soll.

[1]) In den Protokollen (S. 4661) ist dies noch ausdrücklich hervorgehoben worden.

Art. 153.

Die persönlich haftenden Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, und vor jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk sie eine Zweigniederlassung hat, zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Preuß. Entw. Art. 92. — I. Entw. Art. 146. — II. Entw. Art. 143. — Prot. S. 1148, 1152, 4655, 4662.

Zeichnung der Firma.

Die Anmeldung der Gesellschaft sowie die Unterzeichnung der Anmeldung sind verschieden von der dabei gleichzeitig vorzunehmenden Zeichnung der Gesellschaftsfirma. Diese Zeichnung besteht in der eigenhändigen Niederschreibung der Firma in der Form, in welcher dieselbe im Handelsverkehre geführt werden soll[1]). Da die Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, diese Vertretung vielmehr den persönlich haftenden Gesellschaftern obliegt, so beziehen sich die Bestimmungen über die Zeichnung der Firma auch nur auf diese letzteren Gesellschafter. Sind unter den persönlich haftenden Gesellschaftern einzelne von der Vertretung ausgeschlossen (Art. 99), so liegt denselben ebenfalls nicht die Zeichnung der Firma vor dem Handelsgerichte, sondern nur die Mitwirkung bei der Anmeldung ob[2]). Demnach erfolgt nur die Anmeldung und die Unterzeichnung derselben durch sämmtliche Gesellschafter ohne Ausnahme, nicht auch die Zeichnung der Firma.

Die Anmeldung kann gültig auch durch den Stellvertreter eines Gesellschafters (Komplementars oder Kommanditisten) erfolgen, vorausgesetzt, daß sich derselbe durch eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht dazu legitimirt[3]). Auf die Zeichnung der Firma dagegen findet dies keine Anwendung, dieselbe kann nur persönlich vor Gericht oder durch Einreichung in beglaubigter Form erfolgen, eine Ausnahme hiervon findet

[1]) Vgl. S. 110 Anm. 3 dieses Bandes.

[2]) Ist unter den persönlich haftenden Gesellschaftern die Kollektivvertretung eingeführt, so kommt bei der Zeichnung der Firma das zu Art. 86 §. IV (S. 93) Bemerkte zur Anwendung.

[3]) Vgl. Preuß. Einf.-Gesetz Art. 4. Ueber die Anmeldung durch den Prokuristen eines Gesellschafters s. Band I S. 160 Anm. 2.

nur in den Fällen der gesetzlichen Stellvertretung statt[4]). Im Uebrigen ist die Zeichnung der Firma wie bei der offenen Handelsgesellschaft so auch bei der Kommanditgesellschaft ein unerläßlicher Bestandtheil der Anmeldung und eine nothwendige Vorbedingung der Eintragung; die Gesellschaft kann nicht eingetragen werden, so lange dem Handelsgerichte die Firmazeichnungen der persönlich haftenden Gesellschafter nicht ordnungsmäßig vorliegen[5]).

Ueber den Fall, wenn ein von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossener persönlich haftender Gesellschafter schreibensunfähig ist, sei es dauernd, sei es vorübergehend, s. die Erläuterungen zu Art. 88 §. IV (S. 111).

Art. 154.

Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung der in den Art. 151, 152 und 153 enthaltenen Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

II. Entw. Art. 143, 145. — Prot. S. 1148, 1153, 4655.

Art. 155.

Wenn die Firma einer bestehenden Kommanditgesellschaft geändert, oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt wird, so sind diese Thatsachen von sämmtlichen Gesellschaftern in der durch Art. 151 bestimmten Weise behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung dieser Anordnung von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Bei der Bekanntmachung kommt in Betreff der Kommanditisten die Vorschrift des Art. 151 zur Anwendung.

---

[4]) Vgl. Bd. I S. 45.

[5]) Vgl. S. 111 Anm. 8.

Die Wirkung gegen Dritte richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 25.

Pr. Entw. Art. 95. — I. Entw. Art. 148. — II. Entw. Art. 145. — Prot. S. 1099, 1150, 1152.

Bei der offenen Handelsgesellschaft soll nach Art. 89 das Handelsgericht die Betheiligten zur Vornahme der Anmeldungen durch Ordnungsstrafen anhalten, bei der Kommanditgesellschaft richtet sich dieses disziplinarische Einschreiten des Handelsgerichtes stets nur gegen die persönlich haftenden Gesellschafter, ohne Rücksicht darauf, ob die Thatsache, deren Anmeldung unterblieben ist, diese letzteren Gesellschafter oder einen Kommanditisten betrifft. In dieser Hinsicht ist demnach jeder persönlich haftende Gesellschafter für die sämmtlichen übrigen Gesellschafter verantwortlich; deshalb treffen die Ordnungsstrafen auch nur jene Gesellschafter persönlich, nicht aber die Kommanditgesellschaft als solche. Im Uebrigen gilt hinsichtlich dieser Ordnungsstrafen sowie hinsichtlich des Einschreitens des Handelsgerichtes überhaupt das zu Art. 89 Bemerkte (S. 115).

Der nach Art. 163 Abs. 3 für den Kommanditisten eintretende Rechtsnachtheil aus der Unterlassung der Eintragung wird durch die Bestimmungen über die Disziplinarstrafen nicht berührt, jener Rechtsnachtheil tritt unabhängig von diesen Strafen ein.

Art. 156.

Wenn in eine bestehende Kommanditgesellschaft ein neuer Kommanditist eintritt, so muß dies von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister und zur Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Art. 151 angemeldet werden.

Pr. Entw. Art. 95. — II. Entw. Art. 146. — Prot. S. 1099, 1150, 4539 f.

Die in den Art. 154 und 155 erwähnten Ordnungsstrafen kommen auch in den Fällen der Art. 156 und 171 zur Anwendung, obgleich dies im Gesetzbuche nicht ausdrücklich hervorgehoben ist.

Ferner kommt beim Eintritte eines neuen Kommanditisten auch der Art. 163 Abs. 3 zur Anwendung.

Art. 157.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der offenen Gesellschafter unter einander auch hier zur Anwendung, jedoch mit den Abweichungen, welche die nachfolgenden Artikel (158 bis 162) ergeben.

Pr. Entw. Art. 113. — II. Entw. Art. 147. — Prot. S. 1094, 1150, 1153.

Wie bei der offenen Handelsgesellschaft, so wird auch bei der Kommanditgesellschaft das Verhältniß der Gesellschafter unter einander von dem Verhältnisse der Gesellschaft nach Außen unterschieden. Nur das erstere Verhältniß unterliegt der freien vertragsmäßigen Bestimmung durch die Gesellschafter und die im Gesetzbuche enthaltenen Bestimmungen (Art. 158—162) sind in dieser Richtung nur subsidiärer Natur. Dagegen wird das Verhältniß Dritten gegenüber in der Hauptsache durch das Gesetz bestimmt und der vertragsmäßigen Abänderung ist dabei nur ein geringer Spielraum gelassen [1]).

Daß das HGB. in diesem Art. rücksichtlich des inneren Verhältnisses der Kommanditgesellschaft auf die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft verweist, erklärt sich daraus, daß die offene Handelsgesellschaft als die Regel gilt, die übrigen Arten von Handelsgesellschaften dagegen nur als Modifikationen und Abänderungen der offenen [2]). Von den Bestimmungen des zweiten Abschnittes des Titels von der offenen Handelsgesellschaft kommen einzelne sowohl rücksichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter als auch der Kommanditisten zur Anwendung, es sind dies die Art. 92, 95, 98, 103, 106, 107, 108 (mit den Modifikationen im Art. 161 Abs. 2 und 3). Die Art. 93, 94 [3]), 96, 97, 99, 100, 102, 104, 105 (vgl. Art. 160), 109 (vgl. Art. 162) haben auf den Kommanditisten keine Anwendung. Ueber die Anwendbarkeit der Art. 101 und 103 s. die Erläuterungen zu Art. 158.

---

[1]) Vgl. insbesondere die Erläuterungen zu Art. 167 Abs. 3.

[2]) Vgl. S. 74 bis 76 dieses Bandes.

[3]) Wenn der Kommanditist die Geschäfte der Gesellschaft kraft besonderen Auftrages führt, als Handlungsbevollmächtigter oder Prokurist (Art. 167), so hat er lediglich die Rechte und Pflichten eines solchen, nicht aber diejenigen eines geschäftsführenden offenen Gesellschafters. v. Kräwel zu Art. 157, Auerbach I S. 150 a. E.

Art. 158.

Die Geschäftsführung der Gesellschaft wird durch den oder die persönlich haftenden Gesellschafter besorgt.

Ein Kommanditist ist zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet.

Er kann gegen die Vornahme einer Handlung der Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter (Art. 99 bis 102) Widerspruch nicht erheben.

II. Entw. Art. 148. — Prot. S. 1150, 1153.

I. Die Betheiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft ist eine rein pekuniäre, ohne eine besondere vertragsmäßige Festsetzung können ihn Verpflichtungen anderer Art nicht treffen. Dies gilt vor Allem von der Führung der Geschäfte; der Kommanditist ist als solcher zu der Geschäftsführung weder berechtigt noch verpflichtet, und zwar ist dies nicht blos von dem Abschlusse von Geschäften für die Gesellschaft, also von der Vertretung der Gesellschaft nach Außen zu verstehen, worüber der Art. 167 spezielle Bestimmungen enthält, sondern auch von der rein technischen Geschäftsbesorgung, welche mit einer Vornahme von Rechtsgeschäften nicht verbunden ist, wie dies bei der Thätigkeit des Buchhalters, des Korrespondenten, des Fabrikaufsehers, des Werkführers u. s. w. der Fall ist[1]). Auch zu derartigen Diensten oder zu einer derartigen Beihülfe ist der Kommanditist ohne besondere vertragsmäßige Festsetzung weder berechtigt noch verpflichtet.

II. Widerspruchsrecht des Kommanditisten gegen die Vornahme von Geschäften.

Da der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, so steht ihm schon aus diesem Grunde das in Art. 100 und 102 dem firmirenden offenen Gesellschafter verliehene Recht des Widerspruches gegen die Vornahme eines Geschäftes durch die Komplementare nicht zu. Allein der Art. 158 verweist nur auf die Art. 99 bis 102, der Art. 103 ist dagegen nicht erwähnt. In der That ist zwischen dem in den Art. 99, 100 und 102 und dem in Art. 103 erwähnten Widerspruche ein erheblicher Unterschied. Die Art. 100 und 102 handeln nur von dem Widerspruchsrechte der geschäftsführenden Socii unter einander, der Art. 99 entzieht den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern

---

[1]) Unterschied zwischen Handlungsbevollmächtigten und einfachen Handlungsgehülfen.

das Recht des Widerspruches insoweit, als es sich um die Vornahme von solchen Geschäften handelt, welche der Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Das im Art. 103 berührte Widerspruchsrecht bezieht sich dagegen auf solche Handlungen, welche entweder über den gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen oder welche dem Zwecke derselben fremd sind; gegen derartige Handlungen steht bei der offenen Gesellschaft auch den nicht firmirenden Gesellschaftern das Recht des Widerspruches zu und der geschäftsführende Socius soll vor Vornahme einer solchen Handlung die sämmtlichen übrigen Gesellschafter befragen [2]).

Dafür nun, daß auch diese letztere Bestimmung auf das Verhältniß zwischen dem Kommanditisten und dem persönlich haftenden Gesellschafter unanwendbar sei, läßt sich ein zureichender Grund kaum finden. Zunächst steht der Wortlaut des Art. 157 der Anwendbarkeit nicht entgegen, weil die in diesem Art. enthaltene Verweisung auf die Art. 99 bis 102 den Ausschluß des Widerspruchsrechtes in bestimmter Weise begrenzt. Mehr noch ergibt sich die Anwendbarkeit aus der Natur des Gesellschaftsvertrages, aus welcher der Art. 103 selbst nur eine Folgerung ist. Im Verhältnisse zu Dritten sind allerdings die persönlich haftenden Gesellschafter zur Vornahme aller und jeder Geschäfte und Rechtshandlungen befugt (Art. 114), allein im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander muß der vertragsmäßige Zweck der Gesellschaft eingehalten und der Kommanditist kann in dieser Hinsicht nicht schlechter gestellt werden. Wer sich als Kommanditist mit einer bestimmten Vermögenseinlage an einer Kommanditgesellschaft zum Betriebe eines Bankgeschäftes betheiligt, ist zu verlangen berechtigt, daß das Gesellschaftskapital dem vertragsmäßigen Zwecke nicht entfremdet, also nicht zur Errichtung und zum Betriebe eines Waarenladens, einer Weinhandlung, einer Seidenmanufaktur oder zu Getreidespekulationen verwendet werde. In noch höherem Grade gilt dies in dem Falle, wenn durch den Gesellschaftsvertrag gewisse Geschäfte von dem Geschäftskreise der Kommanditgesellschaft geradezu ausgeschlossen sind, z. B. bei einem Bankgeschäfte der Abschluß von Differenzgeschäften oder die Beleihung ausländischer Staatspapiere. Schließt ein persönlich haftender Gesellschafter dennoch derartige dem Gesellschaftsvertrage widersprechende Geschäfte ab, so sind dieselben zwar Dritten gegenüber zweifellos gültig und rechtsbeständig, allein der persönlich haftende Gesellschafter haftet dem Kommanditisten für allen Schaden, welcher der Gesellschaft aus dem Geschäfte erwächst und außerdem kann eine Verletzung dieser vertragsmäßigen Pflichten, namentlich wenn dieselbe wiederholt vorkommt,

---

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 103 S. 199—201.

den Kommanditisten auch zum Austritte aus der Gesellschaft und zur Anstellung der Auflösungsklage berechtigen (Art. 125)[3]).

Indeß handelt es sich hier nur um die Feststellung des Prinzipes; dagegen erscheint eine wörtliche Anwendung des Art. 103 auf das Verhältniß zwischen Komplementar und Kommanditisten aus dem Grunde nicht zulässig, weil, wie dies auch aus Art. 160 Abs. 2 und 3, sowie aus Art. 159 hervorgeht, der Kommanditist dem nichtfirmirenden offenen Gesellschafter nicht völlig gleichsteht. Der Kommanditist hat dem Komplementar gegenüber geringere Rechte als der nichtfirmirende offene Gesellschafter dem firmirenden gegenüber, oder umgekehrt, der Komplementar hat dem Kommanditisten gegenüber ein größeres Maß freier und selbständiger Bewegung als der firmirende gegenüber dem nichtfirmirenden offenen Gesellschafter. Daraus ergibt sich, daß bei Beurtheilung der Frage, ob bestimmte Handlungen und Geschäfte dem Zwecke der Kommanditgesellschaft fremd sind, auch dem freien richterlichen Ermessen ein noch größerer Spielraum zugestanden werden muß, als bei der offenen Handelsgesellschaft, und in noch höherem Maße gilt dies von dem Falle, wenn behauptet wird, daß gewisse Geschäfte, welche Verlust gebracht haben, über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Kommanditgesellschaft hinausgegangen seien[4]). Denn wenn der Kommanditist vom persönlich haftenden Gesellschafter verlangen darf, daß beim Geschäftsbetriebe der vertragsmäßige Zweck der Gesellschaft innegehalten werde, so muß doch andererseits, so lange der persönlich haftende Gesellschafter sich innerhalb dieses Zweckes hält und nicht fremdartige Geschäfte schließt, demselben ein volles Maß freier Bewegung zugestanden werden.

Der Art. 158 bezieht sich nur auf das Widerspruchsrecht des Kommanditisten; sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so richtet sich das Recht jedes einzelnen von ihnen, gegen die Vornahme einer Handlung durch den anderen Widerspruch zu erheben, nach den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft in Art. 99 bis 103.

III. Faßt man das Verhältniß zwischen dem persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kommanditisten so auf, daß durch den Gesellschafts-

---

[3]) Auch Auerbach I S. 151 faßt den Inhalt des Abs. 3 des Art. dahin auf: „Der Kommanditist kann gegen die Vornahme einer Handlung der Geschäftsführung, d. h. der zum ordentlichen Geschäftsbetriebe gehörigen, durch die persönlich haftenden Gesellschafter keinen zu beachtenden Widerspruch erheben“. Ebenso v. Hahn zu Art. 158 §. 2 und v. Kräwel zu Art. 158 Anm. 2, b.

[4]) Ueber den Unterschied zwischen den beiden im Art. 103 erwähnten Arten von Geschäften s. S. 200 dieses Bandes.

vertrag in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen die Geschäftsführung auf den ersteren übertragen ist, so kommt rücksichtlich des Widerrufes dieser Uebertragung Seitens des Kommanditisten auch der Art. 101 zur Anwendung und zwar in folgender Weise. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so steht dem Kommanditisten die Klage auf Widerruf der Geschäftsführung wegen rechtmäßiger Ursachen nach Maßgabe des Art. 101 unverändert zu[5]); ist dagegen nur ein persönlich haftender Gesellschafter in der Gesellschaft, so verwandelt sich die Klage auf Widerruf der Geschäftsführung in die Klage auf Auflösung der Gesellschaft wegen rechtmäßiger Ursache (Art. 125)[6]).

Art. 159.

Ein Kommanditist darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen und an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen.

Pr. Entw. Art. 154. — I. Entw. Art. 152. — II. Entw. Art. 149. — Prot. S. 308, 1150, 1153, 4642.

Die Betheiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft ist eine rein pekuniäre, das Verhältniß zwischen ihm und dem persönlich haftenden Gesellschafter beruht nicht auf dem Vertrauen, daß auch der Kommanditist die Interessen der Gesellschaft wie seine eigenen wahrnehmen und daß er der Kommanditgesellschaft in dem Handelszweige derselben keine Konkurrenz bereiten werde. Vielmehr ist dem Kommanditisten eine solche Konkurrenz gestattet und die Bestimmungen der Art. 96 und 97 über Verbot der Konkurrenz unter offenen Gesellschaftern findet auf die Kommanditisten keine Anwendung. Die Anforderungen, welche aus der wechselseitigen bona fides bei Societätsverträgen an die Gesellschafter zu stellen sind, reichen demnach gegenüber dem Kommanditisten nicht so weit wie bei dem offenen Handelsgesellschafter. Anderweitige vertragsmäßige Festsetzungen sind auch hier nicht ausgeschlossen.

---

[5]) S. die Erläuterungen zu Art. 101.

[6]) v. Hahn zu Art. 158 §. 4. Darüber, daß auch im ersteren Falle der Widerruf der Geschäftsführung zur Auflösung der Gesellschaft führen kann, s. S. 190, 191 dieses Bandes.

Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so kommen im Verhältnisse derselben unter einander die Art. 96 und 97 unverkürzt zur Anwendung.

Art. 160.

Jeder Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im Art. 105 bezeichneten weiteren Rechte eines offenen Gesellschafters stehen einem Kommanditisten nicht zu.

Jedoch kann das Handelsgericht auf den Antrag eines Kommanditisten, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

Pr. Entw. Art. 150. — I. Entw. Art. 153. — II. Entw. Art. 150. — Prot. S. 296 f., 1105, 1150, 1154, 4540.

I. Obgleich die Stellung des Kommanditisten den persönlich haftenden Gesellschaftern gegenüber im Allgemeinen mit derjenigen des nichtfirmirenden offenen Handelsgesellschafters verglichen werden kann, so ist eine völlige Gleichheit im Einzelnen doch nicht vorhanden, der Kommanditist hat vielmehr innerhalb der Gesellschaft geringere Rechte als der nichtfirmirende offene Socius. Der Art. entzieht den Kommanditisten die Befugniß, sich zu jeder Zeit persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten und zu jeder Zeit die Bücher und Papiere der Gesellschaft selbst einzusehen (Art. 105). Die regelmäßige Befugniß des Kommanditisten beschränkt sich darauf, daß er die Mittheilung der jährlichen Bilanzen in Abschrift verlangen und daß er dann, um die Richtigkeit dieser Bilanzen zu prüfen, die Einsicht der Bücher und Papiere der Gesellschaft fordern darf[1]).

II. Will der Kommanditist die Bücher und Papiere außer der Zeit, also während des Betriebsjahres und vor Mittheilung der Bilanz, einsehen, so kann dies nur unter Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter geschehen, in deren Belieben es steht, ob sie die Einsicht verstatten wollen oder nicht[2]). Ausnahmsweise kann jedoch der Komman-

---

[1]) Vgl. auch S. 214 (1) zu Art. 105.

[2]) Ueber vertragsmäßige Abänderungen s. S. 345 und S. 361 §. V.

ditist diese Einsicht auch außer der Zeit erzwingen, nämlich dann, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen (Abs. 3). In diesem Falle hat der Kommanditist sich unter Darlegung der Gründe mit einem Antrage an das Handelsgericht zu wenden, welches alsdann die Mittheilung der Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen kann.

Da das Gesetzbuch hier so wenig wie in den analogen Bestimmungen in den Art. 101 und 133 sich näher darüber ausspricht, welcher Natur die anzuführenden Gründe sein müssen, so ist die Beurtheilung derselben dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt. Es wird sich dabei hauptsächlich um solche Umstände handeln, welche den Kommanditisten zu einem begründeten Mißtrauen gegen die Geschäftsführung des persönlich haftenden Gesellschafters Veranlassung geben, und in dieser Beziehung kommen die in Art. 125 Ziff. 2 bis 5 aufgezählten Gründe vorzugsweise in Betracht [3]). In derartigen Fällen kann dann die richterliche Verfügung über die Vorlegung der Bücher und Papiere der Gesellschaft die Natur einer präparatorischen Maßregel für die Klage auf Auflösung der Gesellschaft haben. Außerdem kann aber die Vorlegung der Bücher auch in Erbschaftsfällen und Gütergemeinschafts-Angelegenheiten, sowie bei Einsetzung einer Vormundschaft für den Kommanditisten (Art. 170) gerichtlich angeordnet werden, die allgemeine Bestimmung des Art. 40 des HGB. kommt auch im Verhältnisse zwischen dem Kommanditisten und dem persönlich haftenden Gesellschafter zur Anwendung.

III. So wenig wie über die Natur der Gründe des Antrages spricht sich das Gesetzbuch auch über das dabei zu beobachtende gerichtliche Verfahren aus. Man wird zu unterscheiden haben, ob die persönlich haftenden Gesellschafter, welchen der Antrag mitzutheilen ist, und welche über denselben zu hören sind, Widerspruch erheben oder nicht; im letzteren Falle erfolgt die gerichtliche Entscheidung im beschleunigten Verfahren nach Anhörung der Betheiligten durch einfachen Beschluß des Gerichtes, im ersteren Falle dagegen findet das ordentliche Prozeßverfahren vor dem Handelsgerichte statt. Ist Gefahr im Verzuge, so sind während eines solchen Rechtsstreites provisorische Verfügungen des Richters nicht ausgeschlossen, die Zulässigkeit derselben richtet sich jedoch lediglich nach den allgemeinen prozessualischen Vorschriften.

IV. Ueber die Frage, ob dem Kommanditisten außer den im Art. 160 genannten Befugnissen auch noch ein selbständiger Anspruch auf Rechnungslegung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zusteht

---

[3]) Vgl. auch das S. 201 über die Anwendung des Art. 103 Bemerkte.

sind die Erläuterungen zu Art. 105 §. IV zu vergleichen, welche auch auf den Kommanditisten wenigstens analoge Anwendung finden. Im Prinzipe vertritt die Bilanz in Verbindung mit der Buchführung auch dem Kommanditisten gegenüber die Stelle der kaufmännischen Rechnungslegung, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß Bilanz und Buchführung ordnungsmäßig und für die Uebersicht über die Geschäftsführung erschöpfend sind. Sind diese Voraussetzungen nicht vorhanden, so tritt die Verpflichtung ein, anderweitig Rechnung zu legen[4]).

V. Die Befugnisse, welche der Art. dem Kommanditisten gibt, können vertragsmäßig sowohl erweitert als beschränkt werden, eine derartige Beschränkung setzt ein erhöhtes Vertrauen in die Geschäftsführung des persönlich haftenden Gesellschafters voraus. Im letzteren Falle, wenn der Kommanditist auf diese Befugnisse entweder ganz verzichtet oder sich bestimmten Beschränkungen unterworfen hat, wird der Art. 105 Abs. 2 analog zur Anwendung kommen müssen. Die Beschränkungen sowie der Verzicht verlieren ihre Wirkung, wenn das Vertrauen, auf welchem sie beruhen, verletzt erscheint und eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird[5]). Der Richter würde alsdann nach Abs. 2 des Art. 160 zu verfahren haben.

Art. 161.

Die Bestimmungen der Art. 106 bis 108 über die Verzinsung der Einlage, über die jährliche Berechnung des Gewinnes oder Verlustes und über die Befugniß, Zinsen und Gewinn zu erheben, gelten auch in Betreff des Kommanditisten.

Jedoch nimmt ein Kommanditist an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil.

Er ist nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn, welche er bezogen hat, wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, so lange seine ursprüngliche Einlage durch

---

[4]) Vgl. S. 216, 217 dieses Bandes.

[5]) Vgl. S. 217, 218 dieses Bandes; die Bestimmung in Abs. 2 des Art. 105 beruht auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Replik des Dolus) und ist deshalb nicht auf die offene Handelsgesellschaft zu beschränken.

Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Pr. Entw. Art. 151, 152. — I. Entw. Art. 154. — II. Entw. Art. 151. — Prot. S. 297 f., 1106 f., 1150, 1154, 4540, 4642.

I. Die Betheiligung des Kommanditisten am Gewinne und Verluste der Gesellschaft unterliegt zunächst der vertragsmäßigen Vereinbarung unter den Gesellschaftern, in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen kommen die Art. 161 und 162 zur Anwendung, jedoch nur im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander. Denn den Gesellschaftsgläubigern gegenüber richtet sich die Haft des Kommanditisten sowohl hinsichtlich seiner Einlage als hinsichtlich der von ihm empfangenen Zinsen und Gewinnantheile nicht nach den Bestimmungen des Art. 161 sondern nach denjenigen des Art. 165.

Zu Abs. 1 und 2.

II. Die bereits mehrfach hervorgehobene Aehnlichkeit der Stellung des Kommanditisten mit derjenigen des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters zeigt sich auch in der Verweisung auf die Art. 106 bis 108 hinsichtlich der festen Verzinsung der Kommanditeinlage (zu vier Prozent)[1], ferner hinsichtlich der jährlichen Berechnung des Gewinnes und Verlustes sowie der Befugniß des Kommanditisten, Zinsen und Gewinn zu erheben. Der Verlustantheil des Kommanditisten kann jedoch den Betrag seiner Einlage nicht übersteigen.

Aus der Anwendbarkeit der Art. 106 bis 108 auf den Kommanditisten folgt, daß die ihm für seine Einlage zukommenden Zinsen und Gewinnantheile zunächst seiner Einlage, oder vielmehr seinem Gesellschaftsantheile zugeschrieben werden, sie vermehren also sein Kapital- oder Einlage-Konto. Die Befugniß des Kommanditisten, diese Zinsen und Gewinnantheile zu erheben, richtet sich in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen gleichfalls nach Art. 108 und es ergibt sich daraus, daß auch bei der Kommanditgesellschaft zwischen der jährlichen Berechnung und der Erhebung des Gewinnes unterschieden wird. Nach der Auffassung des HGB. versteht sich die jährliche Gewinnvertheilung auch bei der Kommanditgesellschaft nicht von selbst[2], sondern dem Kommanditisten steht nur ein beschränkter und bedingter Anspruch auf die Auszahlung des jährlichen Gewinnantheiles zu, beschränkt durch die Bestimmungen des Art. 108[3].

---

[1] Ueber die Bedeutung dieser Zinsen s. die Erläuterungen zu Art. 106.

[2] Anders bei der stillen Gesellschaft, s. Art. 255.

[3] S. die Erläuterungen zu Art. 108, welche auch hier zur Anwendung kom-

Anlangend die jährlichen Zinsen seines Geschäftsantheiles, so ist der Kommanditist nach Art. 108 allerdings berechtigt, die Auszahlung derselben ohne Rücksicht auf Gewinn und Verlust und ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter zu verlangen, allein dieser Anspruch erstreckt sich nur auf die Zinsen des letzten Jahres, nicht auch auf die unerhobenen Zinsen aus früheren Jahren.

Läßt also der Kommanditist diese Zinsen oder den Gewinnantheil oder beides zugleich im Geschäfte stehen, d. h. erhebt er sie während des folgenden Geschäfts-Jahres nicht, so wachsen sie seiner Einlage oder vielmehr seinem Geschäftsantheile zu und er kann die Auszahlung derselben ohne Einwilligung der sämmtlichen übrigen Gesellschafter später nicht mehr verlangen. Auf diese Weise kann also auch die Theilnahme des Kommanditisten am Verluste der Gesellschaft den ursprünglichen Betrag der Einlage übersteigen, nämlich dann, wenn die letztere im Laufe der Zeit sich vermehrt hat.

Zu Abs. 3.

III. Die im älteren Rechte bestrittene Frage, ob der Kommanditist verpflichtet sei, den bezogenen Gewinn in dem Falle wieder herauszugeben, wenn später sich Verlust ergibt, ist im HGB. verneinend entschieden, wie sie denn nach der richtigen Ansicht schon vor dem HGB. verneint wurde[4]). Die Motive zum preuß. Entwurfe (S. 79) heben hervor, daß der für die Bejahung der Frage geltend gemachte Grund, jede Gewinnvertheilung während der Dauer der Gesellschaft sei nur eine provisorische und die Gewinn- und Verlustberechnung könne erst nach Beendigung der Gesellschaft definitiv geregelt werden, bei der Kommanditgesellschaft (stillen Gesellschaft) nicht zutreffe, weil bei dieser die regelmäßige Absicht auf eine jährliche Auszahlung des Gewinnantheiles an den Kommanditisten gehe. Diese Motivirung würde jetzt allerdings nur unter den im Art. 108 enthaltenen Beschränkungen zutreffend erscheinen. Man wird gegenwärtig sagen müssen, was nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages oder des Art. 108 des HGB. an Zinsen und Gewinn periodisch an den Kommanditisten ausgezahlt worden ist, ist definitiv und nicht blos provisorisch

---

men. Die Ausdehnung der Art. 106 bis 108 auf die Kommanditgesellschaft wurde erst in der zweiten Lesung beschlossen, der Art. 151 des preuß. Entwurfes bestimmte: „Bei der stillen Gesellschaft wird der Gewinn alljährlich zur Bilanzzeit vertheilt und ausgezahlt". Prot. S. 297 bis 299, 1106.

[4]) Vgl. Brinckmann §. 56, VI und die in der Anm. 16 daselbst a. Schriftsteller.

gezahlt. Später eintretende Verluste der Gesellschaft können diese Zahlungen nicht wieder rückgängig machen.

Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wird jedoch erfordert, daß Gewinn und Zinsen in gutem Glauben vertheilt und in gutem Glauben vom Kommanditisten bezogen sind (Art. 165 Abs. 6), hierdurch sollen mißbräuchliche Gewinnvertheilungen wenigstens den Gläubigern gegenüber verhütet werden.

Da als wirklicher Gewinn nur der wirkliche Ueberschuß über die volle ursprüngliche Kommanditeinlage betrachtet werden kann, so erklärt sich hieraus die Bestimmung, daß, wenn die ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert oder ganz aufgezehrt ist[5]), der spätere Gewinn zunächst zur Wiederergänzung der Einlage verwendet werden soll[6]). Hervorzuheben ist hierbei,

1) daß diese Bestimmung nicht blos den Gläubigern gegenüber sondern schon im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander zur Anwendung kommt, sowie

2) daß diese Zurückbehaltung sich nur auf den späteren Gewinn, nicht auch auf die späteren Zinsen vom Geschäftsantheile des Kommanditisten bezieht. Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander ist der Zinsanspruch des Kommanditisten an die Vorschrift des Art. 165 Abs. 3 nicht gebunden[7]).

Selbstverständlich wird auch im Falle der Zurückbehaltung der Gewinnantheil jährlich berechnet und dem Kommanditisten zu dessen Geschäftsantheil (auf Kapitalkonto) gutgeschrieben[8]), nur ausbezahlt wird der Gewinn nicht.

Art. 162.

Ist über die Höhe der Betheiligung an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe, nach richterlichem

---

[5]) Ueber diesen Fall vgl. v. Hahn zu Art. 161 Anm. 8.

[6]) Bei der offenen Gesellschaft findet sich eine solche Bestimmung nicht, sie hat dort wegen der vollen persönlichen Haft der Gesellschafter weniger Interesse. S. jedoch Art. 108 Abs. 2.

[7]) Bei der dritten Lesung wurde dies ausdrücklich konstatirt. Prot. S. 4642, 4643.

[8]) Auerbach I S. 154.

Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festgestellt.

Preuß. Entw. Art. 151. — I. Entw. Art. 154. — II. Entw. Art. 152. — Prot. S. 299 f., 1106, 1151, 1154.

I. Während die Berechnung des Gewinnes und Verlustes bei der Kommanditgesellschaft in Ermangelung einer vertragsmäßigen Verabredung in derselben Weise wie bei der offenen Gesellschaft erfolgt, ist dies rücksichtlich der Festsetzung der Gewinn- und Verlustantheile der einzelnen Gesellschafter nicht der Fall. Nur die Art. 106 bis 108, nicht auch der Art. 109 ist auf die Kommanditgesellschaft ausgedehnt worden und der Art. 162 überläßt die Feststellung der Gewinn- und Verlustantheile in Ermangelung einer vertragsmäßigen Vereinbarung dem richterlichen Ermessen.

Wenn im Art. zugleich bestimmt ist, daß dabei nöthigenfalls Sachverständige zugezogen werden sollen, so ist damit ein Doppeltes ausgedrückt:

1) Der Richter ist keineswegs verpflichtet, in jedem Falle Sachverständige von Amtswegen zu hören, vielmehr ist dieses Mittel zur Bestimmung des richterlichen Ermessens nur als ein subsidiäres bezeichnet und es ist wenigstens von den mit Kaufleuten besetzten Handelsgerichten zu erwarten, daß sie dieses Mittels nicht überall bedürfen, sondern daß sie aus den von den Parteien zu machenden Mittheilungen und Vorlagen die nöthigen Anhaltspunkte zur selbständigen Fixirung ihres sachverständigen Urtheiles schöpfen werden. Daß zu diesem Zwecke auch die Mittheilung der Handelsbücher der Gesellschaft, sowie eventuell auch diejenige der Handelsbücher der einzelnen Gesellschafter, wenn solche vorhanden und wenn sie geeignet sind, Aufschlüsse zur Sache zu geben, von Amtswegen verordnet werden kann, ist nach Art. 40 des HGB. nicht zu bezweifeln [1]).

2) Ebensowenig ist den Richtern vorgeschrieben, wie weit sie von dem Gutachten der zugezogenen Sachverständigen Gebrauch machen und über welche Punkte sie die Experten vernehmen wollten; auch dies steht vielmehr im Ermessen des Gerichtes. So kann die Vernehmung der Sachverständigen sich beispielsweise auf die Frage beschränken, wie hoch die Mühewaltung und Geschäftsführung des persönlich haftenden Gesellschafters zu veranschlagen sei oder wie hoch die Geschäftsführung in gleichartigen Geschäften bezahlt zu werden pflege, während der Richter,

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 40 Bd. I S. 296.

nachdem dieser Punkt festgestellt ist, sich die Fixirung der Gewinn- und Verlustantheile selbst vorbehält.

3) Die Vorschrift des Art. bezieht sich übrigens nur auf die Zuziehung der Sachverständigen von Amtswegen, verschieden hiervon ist die Vernehmung derselben auf Antrag der Partei, wenn die Parteien sich derselben als Beweismittel bedienen.

II. Das HGB. hat darauf verzichtet, eine allgemeine Regel für die Gewinn- und Verlustvertheilung bei der Kommanditgesellschaft aufzustellen. Bei den Nürnberger Berathungen war man zwar darüber einig, daß weder die Vertheilung nach Köpfen (Art. 109) noch die Vertheilung nach dem Verhältnisse der Vermögenseinlagen [2]) dem Wesen der Kommanditgesellschaft als allgemeine Regel entspreche, über einen anderen Maßstab der Vertheilung konnte man sich jedoch nicht einigen und dies führte zu der Ueberweisung der Festsetzung an das richterliche Ermessen [3]).

Wie indeß der Zweifel nicht selten schon den Weg zur Wahrheit enthält, so sind auch hier in den gegen die Gewinnvertheilung nach Köpfen sowohl als nach Vermögenseinlagen geltend gemachten Gründen zugleich die Gesichtspunkte für die Auffindung des richtigen Prinzipes enthalten. Die Kopftheilung würde eine Gleichheit der Stellung unter sämmtlichen Gesellschaftern voraussetzen, welche bei der Kommanditgesellschaft nicht besteht und andererseits ist die vorhandene Ungleichheit wiederum nicht von der Art, daß sie in der strikten Theilung nach den Vermögenseinlagen ihren entsprechenden Ausdruck fände. Im Prinzipe wird man allerdings die Vertheilung nach Verhältniß der Einlagen festzuhalten haben, jedoch unter gleichzeitiger Bevorzugung des Komplementars. Denn der Gesellschaftsbeitrag des persönlich haftenden Gesellschafters besteht nicht blos in seiner Einlage — eine Kommanditgesellschaft würde vielmehr auch ohne jede Einlage des Komplementars bestehen können —, sondern 1) in seiner Geschäftsführung und 2) in der vollen Haftbarkeit für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Der persönlich haftende Gesellschafter wirft seinen ganzen persönlichen Kredit in die Gesellschaft ein.

---

[2]) Dieser Vertheilungsmaßstab und zwar ohne besondere Zinsvergütung sollte nach dem preuß. Entwurfe Art. 151 gelten, er entsprach der Bestimmung des preuß. Landrechtes II, 8, §. 651 und des Frankfurter Stadtrechtes II, 23, §. 12.

[3]) Auch hierin kam man, gleichsam durch einen sympathischen Zug, auf die bereits von Brinckmann §. 56 S. 216 ausgeführte Meinung zurück. Ueber einen anderen, von Bayern bei der dritten Lesung vorgeschlagenen Theilungsmodus s. die Zusammenstellung der Erinnerungen S. 31 (Prot. Bd. IX); der Antrag wurde zurückgezogen (S. 93).

In beiden Beziehungen gebührt dem Komplementar eine Bevorzugung und Entschädigung und es empfiehlt sich, beide Entschädigungen wenigstens bei der Taxation auseinander zu halten.

Die Entschädigung für die Geschäftsführung kann in einer festen jährlichen Gehaltssumme abgeschätzt werden, welche gleich ist demjenigen Jahresgehalte, welchen ein dirigender Geschäftsführer in einem gleichartigen kaufmännischen Geschäfte zu erhalten pflegt oder welchen die Kommanditgesellschaft zahlen würde, wenn sie sich genöthigt sähe, ihre Geschäfte durch einen salarirten Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten führen zu lassen. Bei der Anwendung solcher Analogieen ist jedoch Rücksicht zu nehmen nicht nur auf die Verschiedenheit des Umfanges der in Frage kommenden kaufmännischen Etablissements sondern ferner auch auf örtliche Verschiedenheiten, sowie auf die besonderen technischen Fähigkeiten und Fertigkeiten des Komplementars, insoferne durch dieselben der Nutzen der Kommanditgesellschaft gefördert wird [4]). Die Entschädigung für die Geschäftsführung kann aber auch in Form einer Tantième vom Reingewinne gewährt werden oder in Form eines festen aber geringeren Jahresgehaltes (Remuneration) in Verbindung mit einer Tantième. Ist bei einer Kommanditgesellschaft ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden, welchem die Geschäftsführung entzogen ist, so gebührt demselben auch nur die Entschädigung für die größere Haftbarkeit, nicht aber für die Geschäftsführung.

Auch die Entschädigung für die größere Haftbarkeit des Komplementars wird am zweckmäßigsten in Form einer Tantième vom Reingewinne berechnet. Der Komplementar übernimmt das Risiko und die Haft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die Gläubiger der letzteren können sich an ihn halten, er steht den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für die Gesellschaft ein. Man kann dies auch so ausdrücken: der Komplementar steht für die Schulden der Gesellschaft del credere (Art. 371), oder die Gesellschaftsschulden sind bei ihm noch speziell assekurirt (Kreditassekuranz), und dafür gebührt ihm eine Prämie oder Provision. Daraus ergibt sich aber, daß der reale Werth dieser Haft lediglich von der Größe der eigenen Kreditfähigkeit des persönlich haftenden Gesellschafters

---

[4]) Wenn z. B. ein berühmter Chemiker in Gemeinschaft mit einem Kommanditisten eine chemische Fabrik gründet, in welcher der erstere als persönlich haftender Gesellschafter sich nicht blos der Geschäftsleitung, sondern der Fabrikation selbst unterzieht, so wird man die Thätigkeit desselben höher anschlagen müssen als diejenige eines kaufmännischen Komplementars, dessen Thätigkeit sich vielleicht darauf beschränkt, sich täglich einige Stunden auf dem Komptoir einzufinden und seine Unterschrift abzugeben.

abhängt. Ist derselbe eine Persönlichkeit, welcher für sich allein ein persönlicher Kredit im kaufmännischen Verkehre nicht gewährt werden würde, so sinkt der wirthschaftliche Werth der persönlichen Haft für die Gesellschaftsgläubiger nicht nur auf ein Minimum, sondern unter Umständen kann der kreditlose Name des Komplementars dem Kredit der mit Kommanditkapitalien gut dotirten Gesellschaft sogar noch Eintrag thun. In einem solchen Falle ist die volle persönliche Haft des Komplementars zwar eine juristische Wahrheit, aber ohne wirthschaftlichen Werth, und eine besondere Entschädigung neben derjenigen für die Geschäftsführung kann dafür kaum verlangt werden; der Schwerpunkt liegt alsdann lediglich in dem aus den Kommanditeinlagen gebildeten Gesellschaftsvermögen [5]). Umgekehrt verhält es sich, wenn der Kredit der Gesellschaft notorisch auf der persönlichen Kreditwürdigkeit des Komplementars beruht.

III. Der Art. bezieht sich nicht blos auf die einfache Kommanditgesellschaft, sondern auch auf die Aktien-Kommanditgesellschaft [6]). Sollten bei einer Gesellschaft der letzteren Art die Gewinn- und Verlustantheile vertragsmäßig nicht bestimmt sein, so hat der Richter in den veröffentlichten Statuten und Verträgen anderer Kommanditgesellschaften auf Aktien weitere Anhaltspunkte [7]), im Uebrigen liegt hier die Analogie

---

[5]) „Bei einem Etablissement, wobei das Hauptgewicht in der Größe des Betriebsfonds beruht, könnte es dagegen sogar gerechtfertigt sein, daß dem mit Vermögenseinlage betheiligten Kommanditisten ein Vorzug vor dem Komplementar eingeräumt wird, der überhaupt keine oder eine weit geringere Einlage machte und dessen eventuell verhaftetes Privatvermögen kein hinreichendes Gegengewicht zur Kapitaleinlage des ersteren bildet". Auerbach, Gesellschaftswesen §. 42 Anm. 3.

[6]) S. jedoch Art. 197 Abs. 2.

[7]) Gesellschaftsvertrag der Elbinger Kredit-Bank, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Elbing 1867, §. 32: „Aus dem Gewinn erhalten 1. die persönlich haftenden Gesellschafter 17½%, 2. der Aufsichtsrath zusammen 2½%, 3. dem Reservefonds werden zugeschrieben 15%, 4. der Rest von 65% wird an die Kommanditisten im Verhältnisse ihrer Aktien als Dividende vertheilt". Außerdem erhalten aber die persönlich haftenden Gesellschafter noch eine vertragsmäßig festzustellende Remuneration (§. 20). — Gesellschaftsvertrag des Halle'schen Bankvereines, Kommanditgesellschaft auf Aktien, §. 10: „Die persönlich haftenden Gesellschafter erhalten für ihre Mühewaltung außer der auf ihre Aktien fallenden Dividende (und außer der Tantième) eine, jährlich durch den Aufsichtsrath festzustellende Remuneration". Die außerdem noch zu gewährende Tantième (§. 22) besteht zusammen in 15% des Ueberschusses über einen Jahresgewinn von 5% des Gesellschaftskapitales. — Gesellschaftsvertrag des Schlesischen Bank-

der Aktiengesellschaften selbstverständlich viel näher als diejenige der offenen Handelsgesellschaft.

IV. Der Art. enthält zugleich einen Wink für die Gesellschafter, die Festsetzung der Gewinn- und Verlustantheile im Vertrage nicht zu übergehen.

Art. 163.

Im Verhältnisse zu dritten Personen tritt die rechtliche Wirksamkeit einer Kommanditgesellschaft mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Errichtung der Gesellschaft bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat.

Die Beschränkung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Hat die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet jeder Kommanditist dritten Personen für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, wenn er nicht beweist, daß denselben seine beschränkte Betheiligung bei der Gesellschaft bekannt war.

Preuß. Entw. Art. 146. — I. Entw. Art. 147, 156. — II. Entw. Art. 153. — Prot. S. 289 f., 309, 1089, 1149, 1152, 4535 f., 4640.

I. Ueber den Beginn der Geschäfte der Gesellschaft s. die Erläuterungen zu Art. 110 Abs. 1 (S. 229, 230) und zu Art. 85 Ziff. 2 (S. 80—82) und über die Ungültigkeit der Klausel, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung beginnen soll, s. die Erläuterungen zu Art. 110 Abs. 2 (S. 231), welche auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden.

---

vereines in Breslau: die persönlich haftenden Gesellschafter erhalten außer einer vertragsmäßig festzusetzenden Remuneration zusammen eine Tantième von 5% vom gesammten Reingewinne, und es kann ihnen ein bestimmter Betrag dieser Tantième garantirt werden (§. 33, 49, 51).

II. An die Unterlassung der Eintragung knüpft der Abs. 3 des Art. noch einen besonderen Nachtheil, der Kommanditist einer nicht eingetragetragenen Kommanditgesellschaft, welche gleichwohl ihre Geschäfte schon begonnen hat, haftet Dritten gegenüber wie ein offener Gesellschafter, also persönlich und solidarisch, jedoch nur in Betreff der bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Gemildert ist diese Haft durch die Zulässigkeit der Einrede (exceptio doli), der Dritte habe die beschränkte Betheiligung, also die Eigenschaft des Gesellschafters als Kommanditisten, gekannt, ungeachtet sie nicht eingetragen war. Die Beweislast trifft bei dieser Einrede den Kommanditisten; aber nur das Kennen des Dritten, beziehungsweise das Gekannthaben kommt in Betracht, nicht auch das Kennenmüssen, den Dritten trifft keine Verpflichtung zur privaten Erkundigung [1]). Dagegen genügt es, wenn der Kommanditist beweist, daß seine Kommanditisteneigenschaft oder seine vertragsmäßig beschränkte Haft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft dem Dritten in der entscheidenden Zeit bekannt gewesen sei, und der Beweis braucht sich nicht auch darauf zu erstrecken, daß der Dritte auch den Betrag der Kommanditeinlage oder die Höhe der beschränkten Haft gekannt habe. Denn wenn der Dritte die beschränkte Haft eines Gesellschafters auch nur im Allgemeinen kannte, so war er gewarnt und konnte denselben bona fide nicht mehr für einen offenen Gesellschafter halten. Das Letztere ist das allein Entscheidende; befindet sich der Dritte in diesem Zustande des Kennens und er legt Werth darauf, auch den Betrag der Kommanditeinlage zu wissen, so ist es seine Sache, sich über die Höhe der Summe zu unterrichten [2]).

Der Abs. 3 des Art. enthält nur eine spezielle Folgerung sowohl aus dem allgemeinen Prinzipe der Publizität des Handelsregisters als aus der gesetzlichen Präsumtion, daß eine Handelsgesellschaft im Zweifel als eine offene Gesellschaft gilt [3]). Wenn A und B Mitglieder einer Handelsgesellschaft sind und zwar A als persönlich haftender Gesellschafter, B als Kommanditist, die Eigenschaft des B als Kommanditisten ist aber nicht in das Handelsregister eingetragen [4]), so ist der Dritte, welcher

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 55 Bd. I S. 409 f.

[2]) v. Hahn zu Art. 163 §. 7. Also nur in diesem Falle, nicht im Falle der vorigen Anm., trifft den Dritten eine Erkundigungspflicht.

[3]) Vgl. Bd. I S. 109, 110 Anm. 33, und S. 354 dieses Bandes.

[4]) Diese Fassung dürfte derjenigen des Art. 163 Abs. 3 vorzuziehen sein. Denn nicht darum handelt es sich, ob die Kommanditgesellschaft eingetragen ist, sondern darum, ob die Kommanditisteneigenschaft eines Gesellschafters aus dem Handelsregister ersichtlich war oder nicht.

diese Eigenschaft nicht anderweitig kennt und sich mithin hinsichtlich derselben im guten Glauben befindet, durch die Nichteintragung der Beschränkung geschützt, B gilt ihm gegenüber als unbeschränkt haftender Gesellschafter.

Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien findet diese Einrede nicht statt, sondern die persönliche und solidarische Haft der Kommanditisten im Falle der unterlassenen Eintragung der Gesellschaft richtet sich nach Art. 178 Abs. 2.

III. Will sich der Kommanditist gegen die mit dem früheren Beginne der Geschäfte für ihn verbundene Gefahr sicher stellen, so bleibt ihm zunächst das Mittel, daß er auf die Vornahme der Eintragung dringt; er allein kann jedoch die Eintragung nicht veranlassen, sondern sämmtliche Gesellschafter müssen dabei mitwirken (Art. 151 Abs. 3 und 156) und es kann sich ereignen, daß einer oder der andere seine Mitwirkung versagt oder verzögert.

Ist es nun auch zweifellos, daß alsdann bei dem begründeten Interesse des Kommanditisten diesem eine Klage gegen seine Mitgesellschafter auf Vornahme der Eintragung zusteht, wie dies zu Art. 86 (S. 102) ausgeführt worden ist, so würde über einem derartigen Rechtsstreite, wenn derselbe auch noch so schleunig entschieden würde, immerhin Zeit vergehen und der Kommanditist würde seinen unmittelbaren Zweck in dieser Weise nicht erreichen.

Der allein wirksame Schutz liegt demnach darin, daß der Kommanditist den Gesellschaftsvertrag nur mit dem Zusatze abschließt, die Gesellschaft solle erst mit dem Tage der geschehenen und bekannt gemachten Eintragung beginnen. Diese Verabredung ist sowohl unter den sämmtlichen Gesellschaftern als Dritten gegenüber bindend[5]). Würde dann der persönlich haftende Gesellschafter die Geschäfte dennoch früher beginnen, so würde der Kommanditist aus diesen Geschäften nicht haften, denn die Gesellschaft war noch gar nicht in's Leben getreten, und der Beginn der Geschäfte ist in einem solchen Falle nur ein einseitiger Akt der dabei mitwirkenden einzelnen Personen, es würde erst einer neuen Einwilligung des Kommanditisten zu dieser nicht vertragsmäßigen Geschäftseröffnung bedürfen, wenn er aus derselben nach Abs. 3 des Art. haften soll[6]).

---

[5]) Vgl. S. 85, 86 dieses Bandes.

[6]) v. Hahn zu Art. 163 §. 8 gibt dem Kommanditisten den Rath, vertragsmäßig zu bestimmen, daß der Geschäftsbetrieb unter der gemeinschaftlichen Firma nicht vor erfolgter Eintragung beginnen dürfe. Der im Texte angedeutete Weg dürfte jedoch noch wirksamer und einfacher sein.

Art. 164.

Die Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Pr. Entw. Art. 87, 90. — I. Entw. Art. 157. — II. Entw. Art. 154. — Prot. S. 308 f., 1107 f., 1154, 1162, 4527, 4540, 4656.

I. Ueber die aus den Bestimmungen dieses Artikels abzuleitende juristische Persönlichkeit der Kommanditgesellschaft s. die Ausführungen S. 5 bis 15 dieses Bandes.

II. Ueber den Erwerb von Eigenthum und dinglichen Rechten Seitens der Gesellschaft unter ihrer Firma sowie über die Eintragung von Grundeigenthum und dinglichen Rechten der Gesellschaft auf die Gesellschaftsfirma s. die Erläuterungen zu Art. 111 §. I bis V (S. 224 bis 237), welche auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden. Ebenso kommen hier zur Anwendung die Ausführungen zu Art. 111 §. VII und VIII (S. 238 bis 240).

III. Im Einzelnen und unter spezieller Berücksichtigung der von der offenen Handelsgesellschaft abweichenden Natur der Kommanditgesellschaft sind folgende Punkte hervorzuheben.

1) Nach dem preußischen und bayerischen Einführungsgesetze[1]) dürfen bei Eintragungen im Hypothekenbuche, welche auf die Gesellschaftsfirma lauten, die Namen der einzelnen Gesellschafter nicht mit aufgeführt werden. Diese Bestimmung findet auf sämmtliche Arten von Handelsgesellschaften und mithin auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung. Dagegen bestimmt das k. sächsische Einf.-Gesetz in §. 12 ausdrücklich, daß die von dem preußischen und bayerischen Einf.-Gesetze abweichende Bestimmung des §. 10 Abs. 1, 2 und 3 auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden solle, jedoch unbeschadet des Art. 167; demnach ist es der Kommanditgesellschaft gestattet, außer der Firma auch noch die Namen sämmtlicher Inhaber der Firma, also auch die Namen der Kommanditisten in das Grund- und Hypothekenbuch eintragen zu lassen. Der praktische Nutzen dieser letzteren Bestimmung ist bei der Kommanditgesellschaft wo möglich noch zweifelhafter als bei der offenen Handels-

---

[1]) Preußen Art. 23. Bayern Art. 41, 42 und Lutz, Kommentar S. 119 f.

gesellschaft und die Sicherheit des Verkehres wird durch die nahe liegende Möglichkeit eines Widerspruches zwischen dem Hypothekenbuche und dem HGB. nicht gefördert[2]).

2) Der Kläger, welcher einen Anspruch gegen die Kommanditgesellschaft geltend machen will, hat die Wahl, ob er a) gegen die Kommanditgesellschaft als solche unter deren Firma (Art. 167) oder b) gegen den persönlichen haftenden Gesellschafter oder c) gegen die Gesellschaft und daneben zugleich auch gegen den persönlich haftenden Gesellschafter klagen will. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so steht dem Kläger in Folge der solidarischen Haft derselben noch die fernere Wahl zu, ob er gegen einen bestimmten einzelnen von ihnen, oder ob er gegen sämmtliche einzelne klagen will (Art. 112), und diese Klagen kann er wiederum gleichzeitig mit der Klage gegen die Gesellschaft anstellen. Die Verschiedenheit dieser Klagen zeigt sich theils in der Möglichkeit ganz verschiedener Gerichtsstände für jede derselben theils in den ganz verschiedenen Wirkungen der über die einzelnen Klagen erstrittenen gerichtlichen Erkenntnisse. Denn ein gegen die Kommanditgesellschaft ergangenes Urtheil wirkt nur gegen diese, nicht auch gegen das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter. Will der Kläger aus einem solchen Urtheile auch gegen die letzteren oder gegen einen derselben

---

[2]) Vgl. die Kritik S. 235 dieses Bandes. — Die Einführungsgesetze weisen in diesem Punkte eine Mannichfaltigkeit der Vorschriften auf, welche nicht etwa auf berechtigte Stammeseigenthümlichkeiten, sondern lediglich auf juristisches Belieben zurückzuführen ist. Ausgehend von romanistischen Traditionen, welche mit den Resultaten der gewohnheitsrechtlichen Entwickelung des Handelsrechtes in Widerspruch standen, kam man unwillkürlich dahin, die im HGB. zur Anerkennung gelangte juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften in den Einführungs-Gesetzen durch scheinbar nebensächliche und bloße Ausführungs-Bestimmungen wieder abzuschwächen. Den Bestimmungen des k. sächs. Einf.-Gesetzes §. 10 und 12 sind mit erheblichen Modifikationen gefolgt die Einf.-Gesetze von Anhalt-Dessau §. 15, Reuß ä. L. §. 14, Reuß j. L. §. 14, Sachsen-Altenburg §. 15, Sachsen-Gotha §. 14, Sachsen-Meiningen §. 14, Sachsen-Weimar §. 14, Schwarzburg-Rudolstadt §. 14, Schwarzburg-Sondershausen §. 15. Dagegen stimmen mit dem preußischen (Art. 23) und dem bayerischen Einf.-Gesetze (Art. 41, 42) überein die Einf.-Gesetze von Hannover §. 16, Kurhessen §. 13, Braunschweig §. 29, Bremen §. 13, Hamburg §. 17, Lippe-Detmold §. 7, Mecklenburg-Schwerin und Strelitz §. 27, Oldenburg Art. 15, Sachsen-Koburg Art. 12, Würtemberg §. 34, Baden Art. 30; diese schließen die Eintragung der Namen der einzelnen Gesellschafter in den Hypothekenbüchern neben der Gesellschaftsfirma aus, die übrigen Einf.-Gesetze enthalten hierüber keine näheren Bestimmungen.

Rechte herleiten und Exekution nachsuchen, so bedarf es dazu einer neuen Klage, welche der Gläubiger jedoch am zweckmäßigsten in der Weise anstellt, daß er sich in derselben auf das gegen die Kommanditgesellschaft ergangene Erkenntniß stützt und dabei den Beweis antritt, daß der Verklagte zur Zeit der Verurtheilung der Kommanditgesellschaft persönlich haftender Gesellschafter in derselben gewesen sei [3]).

3) Ob der persönlich haftende Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist oder nicht, kommt für die persönliche und solidarische Haft desselben nicht in Betracht. In Betracht würde dies nur kommen, wenn es sich um die Vertretung der Gesellschaft vor Gericht oder bei Vorladungen und Zustellungen an die Gesellschaft handelt, weil diese gültig nur an einen zur Vertretung der Gesellschaft befugten Socius erfolgen können (Art. 167 Abs. 2).

4) Ob die Gläubiger der Kommanditgesellschaft auch unmittelbar gegen den Kommanditisten klagen können, ist bestritten. Selbstverständlich kann der Kommanditist einer solchen Klage stets mit der Einrede wirksam begegnen, daß er seine vertragsmäßige Einlage bereits vollständig eingezahlt habe. Allein es fragt sich, ob die Klage überhaupt zulässig ist und ob die Kommanditisten bei der einfachen Kommanditgesellschaft sowie die Kommanditaktionäre bei der Aktienkommandite dulden müssen, daß sie aus einer Verbindlichkeit der Gesellschaft zu jeder Zeit von Dritten in Anspruch genommen werden können und der Dritte sich dabei lediglich darauf stützt, daß er Gläubiger der Gesellschaft und daß der Verklagte Kommanditist in derselben sei.

Für die Bejahung der Frage [4]) hat man sich auf die Analogie der offenen Handelsgesellschaft berufen, denn den Kommanditisten treffe zwar nicht

---

[3]) Vgl. S. 240 Anm. 17 bis 20.

[4]) Sie wird u. A. bejaht von v. Hahn zu Art. 165 §. 13 bis 17, ferner von v. Gerber, System des deutschen Privatrechtes §. 196, Maaßen im Centralorgan 1862 S. 146 und 163. Dagegen wird die Frage verneint von Auerbach I S. 147, v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. V S. 100 f., Koch zu Art. 165 Anm. 20, in den Motiven zum preuß. Entwurfe S. 77 und in den Nürnberger Protok. S. 1101 f. und S. 4643. Auch in der französischen Doktrin ist die Frage bestritten, vgl. Code de commerce v. Gilbert Art. 38; die gerichtliche Praxis gesteht jedoch auch in Frankreich den Gläubigern die direkte Klage gegen die Kommanditisten auf Einzahlung der rückständigen Einlagen nur im Falle des Konkurses der Gesellschaft zu (Gilbert a. a. O. Nr. 39). Für die verneinende Ansicht s. auch noch Brinckmann §. 57; die ältere deutsche Literatur ist jedoch in dieser Frage deshalb nicht entscheidend, weil sie die Unterscheidung zwischen Kommandit- und stiller Gesellschaft nicht kennt.

die volle, aber doch die direkte und solidarische Haft für die Gesellschaftsschulden (Art. 165 Abs. 1), und wie der offene Gesellschafter direkt und unmittelbar von den Societätsgläubigern in Anspruch genommen werden könne (Art. 112), so müsse dies auch beim Kommanditisten der Fall sein, nur könne letzterer sich von dem erhobenen Anspruche dadurch befreien, daß er den Gläubiger auf die eingezahlte Kommanditeinlage verweise; wenn aber die Einlage noch nicht voll eingezahlt sei, so werde die Klage des Gläubigers für diesen Restbetrag der Einlage aufrecht erhalten und bis auf die Höhe dieses Restbetrages könne dann eine Kondemnation des Kommanditisten erfolgen.

Diese Ansicht leidet jedoch an dem Fehler, daß sie von einer petitio principii ausgeht. Man hat zwar im Allgemeinen gesagt, die Kommanditgesellschaft sei nur eine modifizirte offene Handelsgesellschaft, aber auch nur im Allgemeinen, und wie weit die Modifikationen reichen, dies ist rücksichtlich jeder einzelnen Frage erst festzustellen. Zu diesen Modifikationen gehört nun auch, daß der Kommanditist im Gegensatze zum offenen Gesellschafter in kein direktes Verhältniß zu den Gesellschaftsgläubigern tritt, diese haben vielmehr nur zu Schuldnern die Kommanditgesellschaft als solche und die persönlich haftenden Gesellschafter. Würde demnach ein Gesellschaftsgläubiger gegen einen Kommanditisten eine Klage mit der oben erwähnten Motivirung anstellen, er, Kläger, sei Gläubiger der Gesellschaft, an welcher der Verklagte als Kommanditist betheiligt sei, folglich sei Verklagter zur Zahlung der Gesellschaftsschuld bis zur Höhe seiner Kommanditbetheiligung zu verurtheilen, so würde eine solche Klage als rechtlich unbegründet a limine zurückzuweisen sein. Man würde nicht erst die Einrede des Verklagten, er habe seine Einlage bereits vollständig in die Gesellschaftskasse eingezahlt, abzuwarten haben, sondern die Klage findet überhaupt nicht statt. Mit demselben Rechte würde auch der Gläubiger einer Aktiengesellschaft jeden einzelnen Aktionär auf Zahlung einer Gesellschaftsschuld verklagen können und es würde dann Sache der Verklagten sein, sich durch die Einrede zu befreien, sie hätten ihre Aktien bereits voll einbezahlt und seien zu einem Mehrbeitrage nicht verpflichtet (Art. 207, 209); hierbei würde den verklagten Kommanditisten oder Aktionär nicht nur die Beweislast treffen [5]), sondern der Verklagte würde auch allen prozessualischen Gefahren des Ungehorsams und der Kontumaz ausgesetzt sein, und auf diese Weise würden gegen Kommanditisten und

[5]) Denn wenn der verklagte Kommanditist sich nur durch das einredeweise Vorschützen einer ihn befreienden Thatsache gegen die Klage vertheidigen könnte, so würde er diese Thatsache zu beweisen haben, wie dies v. Hahn a. a. O. §. 17 von seinem Standpunkte aus ganz folgerichtig annimmt.

Aktionäre gerichtliche Urtheile ergehen können, durch welche Kommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft in das gerade Gegentheil von dem verwandelt würden, was sie rechtlich sind und sein sollen.

Der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft kann selbst dann nicht aus eigenem Rechte gegen den Kommanditisten klagen, wenn letzterer mit der Einzahlung der Kommanditeinlage noch im Rückstande ist, sondern der Gläubiger muß sich den Anspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten von der Gesellschaft cediren lassen oder es muß ihm dieser Anspruch durch gerichtliches Erkenntniß als Exekutionsobjekt überwiesen sein [6]). Im Konkurse der Kommanditgesellschaft werden die rückständigen Einlagen der Kommanditisten vom Masseverwalter für Rechnung der Masse eingezogen.

5) Eine direkte Klage gegen den Kommanditisten steht den Gesellschaftsgläubigern nach Art. 163 Abs. 3, 167 Abs. 3 und 168 zu; allein eben in diesen Fällen wird der Kommanditist kraft Gesetzes als persönlich haftender Gesellschafter, nicht als Kommanditist behandelt. Ebensowenig spricht gegen den Ausschluß der direkten Haft des Kommanditisten der Umstand, daß nach Art. 165 Abs. 5 die Gläubiger der Gesellschaft eine direkte Klage gegen den Kommanditisten in Betreff der mala fide empfangenen Zinsen und Dividenden haben. Denn diese letztere Klage ist von der hier behandelten ganz verschieden, sie beruht nicht auf dem Fundamente, daß der Kommanditist als solcher auch direkter Schuldner der Gesellschaftsgläubiger sei, sondern die Klage ist der actio Pauliana nachgebildet und beruht auf dem selbständigen Rechte der Gläubiger, eigenmächtige und ungesetzliche Verkürzungen der Kommanditeinlagen anzufechten [7]).

Art. 165.

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist nur mit der Einlage, und soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage.

---

[6]) Nach französischem Rechte würde der Gläubiger der Kommanditgesellschaft von der Bestimmung des Art. 1166 Code civ. Gebrauch machen können: Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur debiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Vgl. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechtes, Bd. II §. 312 und die französische Uebersetzung dieses Handbuches von Massé und Vergé III §. 554.

[7]) S. die Erläuterungen zu Art. 165 Abs. 5.

Die Einlage des Kommanditisten kann während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch theilweise zurückbezahlt oder erlassen werden.

Zinsen können ihm von der Gesellschaft nur insoweit bezahlt werden, als dadurch die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird.

Er kann bis zur Wiederergänzung der durch Verlust verminderten Einlage weder Zinsen noch Gewinn beziehen.

Er haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat.

Er ist jedoch nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn zurückzuzahlen, welche er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat.

Preuß. Entw. Art. 147, 151, 152, 153. — I. Entw. Art. 149, 154, 155. — II. Entw. Art. 155. — Prot. S. 294, 302 f., 1099 f., 1107, 1150, 1154,-1162, 4643 f.

I. Der Artikel enthält Bestimmungen über die Theilnahme des Kommanditisten am Verluste der Gesellschaft, sowie über den Zinsen- und Gewinnbezug desselben gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander richten sich diese Fragen dagegen nach Art. 161.

Der Abs. 1 bestimmt einerseits die Grenze für die Haft des Kommanditisten, andererseits haftet aber der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft jedenfalls bis zur Höhe der Einlage; die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, denen zufolge der Verlustantheil des Kommanditisten geringer sein kann als die Einlage, haben wohl im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander, nicht aber den Gesellschaftsgläubigern gegenüber Geltung.

II. Zu Abs. 2.

Der Abs. 2 des Art. ist nur in Verbindung mit Art. 171 anzuwenden. Während nämlich der Abs. 2 die Zurückzahlung der Einlage schlechthin verbietet, ist dieselbe nach Art. 171 gestattet, jedoch mit der Maßgabe, daß die gänzliche oder theilweise Zurückzahlung, um Dritten gegenüber rechtlich wirksam zu sein, in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden muß. Demnach ist das Verhältniß dieser beiden gesetzlichen Bestimmungen dahin aufzufassen, daß die erstere sich auf diejenigen Gläubiger bezieht, deren Forderungen bereits vor der Veröffentlichung der erfolgten Rückzahlung entstanden sind (Art. 129 Abs. 5).

Diesen Gläubigern haftet die Kommanditeinlage in dem Betrage, welchen dieselbe vor der Rückzahlung hatte, denn im Vertrauen auf diesen Betrag haben diese Gläubiger der Gesellschaft creditirt und ihre Sicherheit soll durch Rückzahlungen der Kommanditeinlage nicht geschmälert werden [1]).

Die Bestimmungen in Art. 171 beziehen sich dagegen auf diejenigen Gläubiger, welche nach der gänzlichen oder theilweisen Rückzahlung der Kommanditeinlage mit der Gesellschaft kontrahirt haben. Rücksichtlich dieser Gläubiger hängt alles davon ab, ob die Rückzahlung oder Verminderung der Einlage in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht ist oder nicht. Ist die Thatsache eingetragen, so tritt sofort die Präsumtion aus Art. 129 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 3 ein; der Dritte muß die Verminderung oder Rückzahlung der Einlage gegen sich gelten lassen, weil er kraft der Publizität des Registers Kenntniß von der Thatsache hätte nehmen können und es bleibt dem Gläubiger nur der in Art. 25 Abs. 3 nachgelassene Gegenbeweis offen. Ist die Thatsache dagegen nicht eingetragen und nicht veröffentlicht, so kann der Kommanditist sich Dritten gegenüber auch nur dann auf dieselbe berufen, wenn er den Beweis führt, daß sie dem Dritten bekannt war (Art. 25 Abs. 2).

III. Zu Abs. 3 und 4.

Die Bestimmung im dritten Absatze des Art. entspricht dem Rechtsgrundsatze, daß die Gesellschaftsgläubiger ein absolutes Recht nur auf den ursprünglichen, beziehungsweise auf den aus dem Handelsregister ersichtlichen Betrag der Kommanditeinlage haben (Art. 165 Abs. 1 und Art. 171). Hat der Kommanditist seine Einlage dadurch anwachsen lassen, daß er Zinsen und Gewinnantheile stehen ließ (Art. 108), so haben die Gläubiger insoferne kein wohlerworbenes Recht auf diese Vermehrung, als dieselbe durch Zinsenzahlungen an den Kommanditisten wieder vermindert werden kann. Solche Zinszahlungen können von den Gläubigern dann nicht angefochten werden, wenn durch sie die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird [2]). Ist also der Kommanditist auf der einen Seite durch das Nichterheben von Zinsen oder Gewinn der Gefahr ausgesetzt, daß er in Folge des Anwachsens seiner Einlage eine stärkere Haft den

[1]) Bei der offenen Gesellschaft sind die Einlagen der Gesellschafter Dritten gegenüber allerdings nicht völlig bedeutungslos (s. S. 135 zu Art. 92 §. I), allein man hat sich daran gewöhnt, mehr auf die persönliche Haft der Gesellschafter als auf die Einlagen derselben zu sehen. Dasselbe gilt von der Einlage der persönlich haftenden Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft. Mit der Einlage des Kommanditisten verhält es sich dagegen umgekehrt.

[2]) Vgl. Protok. S. 4644 f.

Gläubigern gegenüber übernimmt als ursprünglich beabsichtigt war [3]), so ist andererseits diese Gefahr doch durch das nach Maßgabe des Abs. 3 des Art. 165 ihm zustehende Recht auf die Zinsen der Einlage wieder gemildert.

Der Abs. 4 des Art. bezieht sich ebenfalls nur auf den ursprünglichen Betrag der Einlage; dieser Betrag soll durch Zurückbehaltung von Zinsen und Gewinn wieder ergänzt werden, wenn derselbe durch Verlust vermindert worden ist [4]).

IV. Zu Abs. 5 und 6.

Die Haft des Kommanditisten, von welcher der Abs. 5 handelt, besteht den Gläubigern, nicht der Gesellschaft gegenüber [5]). Die Gläubiger haben das Recht, diejenigen Zahlungen anzufechten, welche gegen die Bestimmungen des Art. 165 an den Kommanditisten erfolgt sind. Diese direkte Klage der Gläubiger gegen den Kommanditisten bildet keine Ausnahme von dem zu Art. 164 §. 4 aufgestellten Grundsatze, wonach der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern wegen der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht direkt verhaftet ist, denn die Klage aus Art. 165 Abs. 5 beruht nicht auf dem Fundamente, daß der Kommanditist wegen seines Antheiles an der Gesellschaft zugleich auch Schuldner der Gesellschaftsgläubiger sei, sondern vielmehr darauf, daß durch die geleisteten Zahlungen die Gläubiger der Gesellschaft verkürzt worden sind. Die Klage aus Art. 165 Abs. 5 ist der actio Pauliana nachgebildet [6]), an die Stelle derjenigen Begründung, welche nach Civilrecht bei der actio Pauliana erfordert wird, treten bei der Klage aus Art. 165 folgende Beweise.

Die Gläubiger haben zu beweisen:

1) daß der Kommanditist Zahlungen aus der Gesellschaftskasse erhalten hat, durch welche die gesetzlichen Vorschriften in Art. 165 Abs. 2 bis 4 übertreten worden sind; hierdurch erweisen die Gläubiger die ihnen gegenüber ungesetzliche Verkürzung des Vermögens ihres Schuldners, nämlich des Vermögens der Kommanditgesellschaft.

2) Handelt es sich um die Anfechtung ungesetzlicher Zahlungen von

---

[3]) S. zu Art. 161 S. 363.

[4]) Der Art. 161 Abs. 3 spricht dagegen nur vom Zurückbehalten des Gewinnes, nämlich im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander. Vgl. S. 364 zu Art. 161 Abs. 3.

[5]) Vgl. zu Art. 164 S. 376.

[6]) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 463. Auch Brinckmann §. 57 Anm. 3 spricht den Gläubigern die actio Pauliana gegen die Kommanditisten als selbständige Klage aus eigenem Rechte zu.

Zinsen oder Gewinnantheilen, so genügt der Beweis der objektiven Ungesetzlichkeit der Zahlungen für sich allein noch nicht, sondern die Gläubiger haben ferner noch zu beweisen, entweder daß die Zahlungen auf Grund einer im bösen Glauben errichteten Bilanz erfolgt sind, oder daß der Kommanditist sich bei Empfang der Zahlungen im bösen Glauben befunden hat. Denn nach Abs. 6 des Art. schadet der Mangel des guten Glaubens bei Empfang solcher Zahlungen dem Kommanditisten immer, während ihn der Besitz des gutens Glaubens nur dann schützt, wenn auch die Bilanz im guten Glauben errichtet ist, d. h. wenn auch der persönlich haftende Gesellschafter sich bei der Auszahlung im guten Glauben darüber befunden hat, daß ein zu vertheilender Ueberschuß vorhanden sei[7]). Also sowohl der persönlich haftende Gesellschafter als der Kommanditist müssen sich im guten Glauben befinden, wenn die Zahlungen der Zinsen und Dividenden Dritten gegenüber rechtsbeständig sein sollen[8]). Sind die Zahlungen ohne vorgängige Bilanz erfolgt, so würde dieser Umstand den Beweis des bösen Glaubens sehr erleichtern, wenn nicht völlig ersetzen.

3) Handelt es sich dagegen um Anfechtung einer stattgehabten Rückzahlung der Kommanditeinlage, so haben die Gläubiger nur den Beweis ad 1 zu führen, nicht aber auch noch den Beweis der mala fides auf Seite des Kommanditisten oder des persönlich haftenden Gesellschafters. Der Kommanditist, welcher eine solche Rückzahlung annimmt, ohne den vorhandenen[9]) Gläubigern gerecht zu werden, befindet sich letzteren gegenüber immer im bösen Glauben.

Die Gläubiger können sich wegen erfolgter ungesetzlicher Zahlungen und Rückzahlungen dann nicht mehr an den Kommanditisten halten, wenn der Geschäftsantheil des Kommanditisten inzwischen wieder die Höhe der ursprünglichen Einlage erreicht hat. Ueberhaupt erstreckt sich die Haft des Kommanditisten wegen solcher Zahlungen schließlich nicht weiter als bis zu demjenigen Betrage, um welchen die ursprüngliche Einlage in Folge der ungesetzlichen Zahlungen im gegebenen Falle vermindert erscheint[10]).

---

[7]) Der bei Ziehung der Bilanz und namentlich bei der Abschätzung der Aktiva und Passiva vorgekommene Irrthum muß ein entschuldbarer gewesen sein. v. Hahn zu Art. 165 §. 2 und 9.

[8]) Vgl. Protok. S. 303, 1107, 1155, 1163, 4644. Bei der Aktien-Kommanditgesellschaft genügt dagegen rücksichtlich der gezahlten Dividenden der gute Glaube des Kommanditisten, s. Art. 197.

[9]) S. die Erläuterungen zu Abs. 2 des Artikels.

[10]) v. Hahn a. a. O. §. 10.

War die verminderte Einlage durch das Stehenlassen von Zinsen und Dividenden wieder ergänzt, es erfolgen aber später von Neuem Zahlungen, welche den Vorschriften des Art. 165 widerstreiten, so ist damit auch eine neue Klage der Gläubiger gegen die Kommanditisten begründet, welche die Zahlungen empfangen haben.

V. Die Verjährung der Klagen, welche den Gläubigern gegen die Kommanditisten aus Art. 165 zustehen, unterliegt den Bestimmungen der Art. 146 bis 149 (Art. 172).

VI. Eine besondere Haft der persönlich haftenden Gesellschafter für die von ihnen bewirkten ungesetzlichen Zahlungen an die Kommanditisten ist im HGB. nicht ausgesprochen; dieselbe würde auch nicht erforderlich sein, da jene Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern ohnehin persönlich und solidarisch haften[11]).

Art. 166.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maaßgabe des vorhergehenden Artikels für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.

Preuß. Entw. Art. 89. — I. Entw. Art. 158. — II. Entw. Art. 156. — Prot. S. 1108, 1155, 1163.

S. die Erläuterungen zu Art. 113 (S. 243, 244).

Art. 167.

Die Kommanditgesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

---

[11]) Anders beim Aufsichtsrathe der Aktien-Kommanditgesellschaft, Art. 204, und beim Vorstande der Aktiengesellschaft, Art. 241 Abs. 2.

Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet.

Preuß. Entw. Art. 116, 149, 155. — I. Entw. Art. 151. — II. Entw. Art. 157. — Prot. S. 295, 1105, 1155, 1163 f.

I. Die Bestimmungen dieses Art. sind insoferne von denjenigen des Art. 158 verschieden, als die Vertretung der Gesellschaft nach Außen (Art. 167) von der Geschäftsführung nach Innen (Art. 158) unterschieden werden muß.

Es liegt im Wesen der Kommanditgesellschaft, daß dieselbe nach Außen nur durch die persönlich haftenden Gesellschafter vertreten wird; der Kommanditist kann die Vertretung nur als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter auf Grund eines besonderen Auftrages übernehmen, worüber der Abs. 3 zu vergleichen ist.

Die Vertretungsbefugniß der persönlich haftenden Gesellschafter richtet sich ganz nach den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft (Art. 114, 116, 117, 118).

Wie einem offenen Gesellschafter, so kann auch dem persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft die Vertretungsbefugniß vertragsmäßig oder durch gerichtliches Erkenntniß entzogen werden (Art. 99, 86 Ziff. 4, Art. 87, 101, 115); soll diese Entziehung Dritten gegenüber Geltung haben, so muß sie in das Handelsregister eingetragen sein (Art. 87, 115)[1]). Ferner kann, wenn mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, die Kollektivvertretung vertragsmäßig eingeführt werden, jedoch muß auch diese Modifikation der gesetzlichen Regel in das Handelsregister eingetragen werden, wenn sie Dritten gegenüber Geltung haben soll (Art. 100, 86 Ziff. 4, 87)[2]).

Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugniß eines persönlich haftenden Gesellschafters als die im Art. 86 Ziff. 4 erwähnten können auch bei der Kommanditgesellschaft nicht eingetragen werden und haben Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung, wenngleich sie unter den Gesellschaftern selbst verbindlich sein können[3]). Dies gilt insbesondere

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 99 S. 179, 180, ferner zu Art. 86 Ziff. 4 S. 87 bis 90 und S. 96 bis 100 dieses Bandes, zu Art. 87 S. 104 bis 108 und zu Art. 158 S. 357, 358.

[2]) Vgl. S. 91 bis 96 und S. 184 bis 186 dieses Bandes.

[3]) Art. 116 und die Erläuterungen S. 248 f.

auch von der Beschränkung, daß ein persönlich haftender Gesellschafter nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen der Kommanditgesellschaft zeichnen soll [4]).

II. Zu Abs. 2.

Ueber die Vertretung der Gesellschaft vor Gericht, über die von dem persönlich haftenden Gesellschafter auszustellenden Prozeßvollmachten, über die von der Gesellschaft aus zu schwörenden Eide, sowie über die Insinuation der gerichtlichen Vorladungen namentlich im Falle der Kollektivvertretung s. die Erläuterungen zu Art. 117 S. 250 bis 253.

III. Zu Abs. 3.

1) Wenn der Kommanditist für die Gesellschaft Geschäfte schließt, so gerirt er sich thatsächlich nicht mehr als Kommanditist, sondern als persönlich haftender Gesellschafter und als solcher haftet er dann aus diesen Geschäften Dritten gegenüber. Der Zweck dieser Bestimmung besteht darin, daß das Publikum vor Täuschungen bewahrt werden soll, welche entstehen können, wenn der Kommanditist im Verkehre wie ein offener oder persönlich haftender Gesellschafter auftritt und sich Dritten gegenüber später auf seine beschränkte Haft beruft. Während aber das französische HGB. (Art. 27, 28) [5]) hierbei so weit geht, daß es dem Kommanditisten bei Strafe der solidarischen Haft auch die Geschäftsführung kraft besonderen Auftrages der Gesellschaft verbietet, hat das A. D. HGB. das Letztere gestattet, jedoch nur unter der im Abs. 3 des Art. 167 enthaltenen Beschränkung. Der Kommanditist darf Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter der Gesellschafter sein und in dieser Eigenschaft für die Gesellschaft Geschäfte schließen und Rechtshandlungen vornehmen, will er aber der solidarischen Haft aus diesen Geschäften entgehen, so muß er beim Abschluß derselben ausdrücklich erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter der Gesellschaft handele. Diese Erklärung wird durch die Eintragung der Prokura in das Handelsregister nicht ersetzt.

2) Wird der Kommanditist zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt, so hat derselbe auch nur die Rechte und Pflichten eines Prokuristen, nicht diejenigen eines persönlich haftenden Gesellschafters. Ist der Kommanditist Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft geworden, so richtet sich der Umfang seiner Befugnisse nach der ihm ertheilten Vollmacht, beziehungsweise nach der Art seiner Anstellung (Art. 47 bis 50). Die Art. 93 und 94 sind auf den Kommanditisten, welcher die Geschäfte der Gesellschaft kraft besonderen Auftrages führt, nicht anwendbar [6]).

---

[4]) Vgl. S. 206 bis 211 dieses Bandes, wo die Frage ausführlich erörtert ist.

[5]) Ebenso das italienische HGB. Art. 122.

[6]) Vgl. S. 354 Anm. 3.

3) Die Bestimmungen des dritten Absatzes finden nur Anwendung auf diejenigen Fälle, in welchen der Kommanditist zu erkennen gegeben hat, daß er für Rechnung der Gesellschaft kontrahire, nicht aber dann, wenn derselbe zwar nach Innen für Rechnung der Gesellschaft, nach Außen aber erkennbar in eigenem Namen kontrahirt[7]). Letzteres gilt also namentlich von dem Falle, wenn der Kommanditist ein Kommissionsgeschäft für die Gesellschaft schließt (Art. 360), vorausgesetzt, daß er dabei das Geschäft im eigenen Namen und nicht auf die Firma der Gesellschaft schließt (Art. 360 Abs. 3).

4) Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 196 Abs. 2 finden die Vorschriften des Art. 167 über die Folgen der Geschäftsführung der Kommanditisten auch keine Anwendung bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Art. 168.

Der Name eines Kommanditisten darf in der Firma der Gesellschaft nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle haftet er den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter.

Pr. Entw. Art. 148. — I. Entw. Art. 150. — II. Entw. Art. 157. — Prot. S. 294, 1104, 1155, 1164.

Der Art. enthält nicht eine einfache Wiederholung, sondern eine Verschärfung der im Art. 17 Abs. 2[1]) enthaltenen Bestimmung. Die Verschärfung besteht in der Androhung der vollen und solidarischen Haft für den Fall, daß der Name des Kommanditisten in der Firma der Gesellschaft enthalten ist, der Kommanditist haftet alsdann wie ein offener Gesellschafter.

Diese Bestimmung kommt selbst in dem Falle zur Anwendung, wenn die Uebereinstimmung der Firma der Gesellschaft mit dem Namen des Kommanditisten nur eine zufällige ist, z. B. wenn die Gesellschaft in rechtsgültiger Weise (Art. 22) eine Firma erwirbt, in welcher der Name des Kommanditisten bereits vorkommt. Wenn eine Kommanditgesellschaft, an welcher Anton Abel als Kommanditist Theil nimmt, die Firma „Abel und Komp.“ oder „Künzel und Abel“ erwirbt, so kann sie diese Firma nicht führen, wenn nicht der Kommanditist Abel

---

[7]) Protok. S. 1105.

[1]) Vgl. Bd. I S. 154 §. 4.

Gefahr laufen will, als offener Gesellschafter zu haften[2]). Noch mehr gilt dies von dem Falle, wenn der Kommanditist vorher offener Gesellschafter in dem Geschäfte war und bei seinem Ausscheiden seine Einwilligung dazu gegeben hat, daß sein Name in der Firma fortgeführt wird (Art. 24); tritt dieser frühere offene Gesellschafter dann als Kommanditist in das Geschäft ein, so muß die Firma geändert werden[3]). Führen der persönlich haftende Gesellschafter und der Kommanditist denselben Namen, so muß dem in die Gesellschaftsfirma aufzunehmenden Namen des ersteren ein Zusatz beigefügt werden, durch welchen sich derselbe von dem Namen des Kommanditisten deutlich unterscheidet; hinsichtlich der Frage, was unter deutlicher Unterscheidung zu verstehen sei, kommt das zu Art. 20 Bemerkte zur Anwendung[4]).

Der Klage der Gläubiger aus Art. 168 kann der Kommanditist nur die Einrede wirksam entgegenstellen, daß sein Name ohne seine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in der Firma vorkomme, daß also die Gesellschaftsfirma, aus welcher die persönliche Haft des Kommanditisten folgen soll, eine vertragswidrige sei[5]). Dagegen findet der in Art. 163 Abs. 3 zugelassene Gegenbeweis hier nicht statt.

Art. 169.

Die Bestimmungen der Art. 119, 120, 121 und 122 finden auch bei der Kommanditgesellschaft Anwendung.

Protok. S. 4527, 4540.

Wenn über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft Konkurs eröffnet wird, so können sich die Societätsgläubiger wegen des Ausfalles im Gesellschaftskonkurse an das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter halten (Art. 122). Ob der Konkurs über dieses Privatvermögen gleichzeitig mit dem Gesellschaftskonkurse zu eröffnen ist, und ob den Privatgläubigern der Komplementare ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht oder nicht, ist nach den

---

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 22 Bd. I S. 185 §. 4.

[3]) Die Gefahr der Täuschung des Publikums würde in diesem Falle noch größer sein als sonst. Vgl. v. Hahn zu Art. 168 §. 2 und Protok. S. 1104, 1105.

[4]) S. Band I S. 172 Nr. 6.

[5]) v. Hahn a. a. O. §. 3.

Einführungsgesetzen zum HGB. und nach den sonstigen Landesgesetzen zu entscheiden [1]).

Dagegen kann der Gesellschaftskonkurs auf das Privatvermögen des Kommanditisten nur insoferne eine Rückwirkung ausüben, als der Kommanditist entweder wegen rückständiger Einlagen und ungesetzlicher Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen (Art. 165) haftet [2]), oder insoferne ihn in Folge der gesetzlichen Bestimmungen in Art. 163 Abs. 3, 167 und 168 die persönliche und solidarische Haft trifft.

Art. 170.

Wenn ein Kommanditist stirbt, oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Im Uebrigen gelten die in den Art. 123 bis 128 für die offene Gesellschaft gegebenen Bestimmungen auch für die Kommanditgesellschaft.

Pr. Entw. Art. 154, 155. — I. Entw. Art. 160. — II. Entw. Art. 160. — Prot. S. 308, 1155, 1164, 4645 f.

I. Der Art. stellt im ersten Absatze die Ausnahmen voran und läßt in Abs. 2 die Regel nachfolgen. Die Regel geht dahin, daß die Kommanditgesellschaft aus denselben Gründen aufgelöst wird, beziehungsweise aufgelöst werden kann, wie die offene Gesellschaft, ausgenommen jedoch die in Abs. 1 des Artikels genannten Gründe. Die Kommanditgesellschaft wird nicht aufgelöst weder durch den Tod des Kommanditisten (Art. 123 Ziff. 2) noch durch den Eintritt der rechtlichen Unfähigkeit des Kommanditisten zur Verwaltung seines Vermögens (Art. 123 Ziff. 3). Denn bei der Kommanditgesellschaft kommt nur die Persön-

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 122 S. 266 bis 272 dieses Bandes und die dort mitgetheilten Bestimmungen der Einf.-Gesetze. Vgl. ferner noch über den Konkurs der Kommanditgesellschaft die Einf.-Gesetze v. K. Sachsen §. 11, Würtemberg Art. 41 Abs. 2, Waldeck §. 15, Oldenburg Art. 16, Braunschweig §. 38 bis 40, Lippe-Detmold §. 8, Bremen §. 17, Hamburg §. 20, Nassau §. 15, Hannover §. 17, Schleswig-Holstein §. 35 und R. Koch, zur Reform des preuß. Konkursrechtes S. 46, 47.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 165.

lichkeit der persönlich haftenden Gesellschafter in Betracht, theils wegen der persönlichen Eigenschaften theils wegen der vollen persönlichen Haftbarkeit derselben, nicht aber die Persönlichkeit der Kommanditisten, weil die Betheiligung der letzteren eine rein pekuniäre ist. Von dieser pekuniären Betheiligung wird angenommen, daß sie wie die Betheiligung des Aktionärs an der Aktiengesellschaft oder des Mitrheders an der Rhederei (Art. 472) aktiv und passiv auf die Erben des Kommanditisten übergeht oder von seinen gesetzlichen Vertretern fortgesetzt wird. Diese gesetzlichen Vertreter, beziehungsweise die Erben, üben dann sämmtliche Rechte und Befugnisse des Kommanditisten aus, namentlich auch die Rechte aus Art. 160.

Die Frage, auf welchen unter mehreren Erben diese Rechte übergehen, ist entweder nach den Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge oder nach den vorhandenen letztwilligen Dispositionen zu entscheiden, stets aber mit Berücksichtigung der bei der Erbtheilung getroffenen vertragsmäßigen Verabredungen der Miterben.

Ist hiermit für die übrigen Mitglieder der Gesellschaft der Nachtheil verbunden, daß nun solche Personen Einsicht von den Gesellschaftsverhältnissen erhalten können, welche der Gesellschaft ursprünglich fremd waren, so können sich die ursprünglichen Mitglieder durch vertragsmäßige Bestimmungen gegen diese Gefahr sicher stellen [1]).

Indeß erleidet die Parallele mit der Aktiengesellschaft und der Rhederei auch insoferne eine Beschränkung, als durch den Konkurs des einzelnen Kommanditisten die Kommanditgesellschaft allerdings aufgelöst wird. Diese erst in der dritten Lesung angenommene Bestimmung wird durch die Bezugnahme auf die Bestimmungen in Art. 126 gerechtfertigt, welche auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden. Denn nach diesen letzteren Bestimmungen kann schon ein einzelner Privatgläubiger des Kommanditisten unter den dort angegebenen Voraussetzungen auch ohne Konkurs desselben die Gesellschaft zur Auflösung bringen und es erscheint daher nur folgerichtig, mit Rücksicht auf die Rechte der gesammten Gläubigerschaft, im Falle des Konkurses des Kommanditisten die Auflösung auch ohne besonderen Antrag eintreten zu lassen [2]). Uebrigens

---

[1]) Motive zum preuß. Entwurfe S. 80.

[2]) Protok. S. 4645 bis 4648. Im Entwurfe II. Lesung lautete dagegen die Bestimmung noch (Art. 160): „Wenn ein Kommanditist stirbt, oder in Konkurs verfällt, oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge". Unverändert ist diese Bestimmung in den Art. 200 von der Aktienkommanditgesellschaft übergegangen.

zieht der Konkurs über das Vermögen einzelner Gesellschafter, mögen dies nun persönlich haftende oder Kommanditisten sein, nur die Auflösung, nicht aber von selbst auch den Konkurs der Kommanditgesellschaft nach sich, und zwar selbst dann nicht, wenn etwa sämmtliche Mitglieder in Konkurs verfallen; der Art. 122 ist hier so wenig wie bei der offenen Gesellschaft im gegentheiligen Sinne auszulegen [3]).

II. Da der Art. 125 ohne Einschränkung auf die Kommanditgesellschaft anwendbar ist (Art. 170), so folgt daraus, daß die Auflösung der Gesellschaft nicht blos wegen solcher Gründe verlangt werden kann, welche in der Person eines persönlich haftenden Gesellschafters liegen, sondern auch aus Gründen, die in der Person des Kommanditisten liegen [4]).

In solchen Fällen kann aber nach Maßgabe des Art. 128 statt der Auflösung der Gesellschaft auch die Ausschließung des Gesellschafters beantragt werden; hierzu gehört Einstimmigkeit sämmtlicher Gesellschafter und die Stimme des Kommanditisten wiegt hierbei so viel wie diejenige eines persönlich haftenden Gesellschafters [5]).

Daß die Ausschließungsklage auf Grund des Art. 128 auch gegen einen Kommanditisten angestellt werden könne, ist bei den Berathungen des Art. zwar aus dem Grunde bestritten worden, weil der Kommanditist nicht persönlich betheiligt sei [6]). Die Frage ist jedoch gleichwohl zu bejahen [7]), einmal, weil die Ausdehnung des Art. 128 auf die Kommanditgesellschaft im Art. 170 ohne jede weitere Unterscheidung zwischen Kommanditisten und Komplementaren erfolgt ist, ferner aber auch deshalb, weil bei der gegentheiligen Annahme auch die Zulässigkeit der Auflösungsklage (Art. 125) dann in Zweifel gezogen werden müßte, wenn die Gründe der Auflösung in der Person eines Kommanditisten liegen. Materiell kann nicht bezweifelt werden, daß der Kommanditist sich einer solchen Handlungsweise gegen die Gesellschaft schuldig machen oder in ein solches Verhältniß zu derselben treten kann, daß sein Verbleiben in derselben zur Unmöglichkeit wird, beispielsweise bei hartnäckiger Weigerung zur Einzahlung der vertragsmäßigen Einlage oder bei erwiesenem Mißbrauche der ihm durch Art. 160 verliehenen Befugnisse, und wenn in solchen Fällen überhaupt ein Vorgehen der übrigen Gesellschafter gegen den Kommanditisten begründet ist, so muß dies sowohl

---

[3]) Vgl. S. 276 dieses Bandes.

[4]) S. im Einzelnen die Erläuterungen zu Art. 125.

[5]) Protok. S. 1164.

[6]) Protok. S. 1165.

[7]) So auch v. Hahn zu Art. 171 §. 2.

auf Grund des Art. 125 als des Art. 128 zulässig sein. Erfolgt auf Grund des Art. 128 die Ausschließung eines Mitgliedes der Gesellschaft, so muß diese Thatsache, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 129, 171), ebenso wenn das Ausscheiden eines Mitgliedes in Folge der Anwendung der Art. 126 oder 132 eintritt (Art. 172).

Ist an der Gesellschaft nur ein einziger persönlich haftender Gesellschafter oder umgekehrt nur ein einziger Kommanditist betheiligt, so kann weder gegen den ersteren noch gegen den letzteren auf Ausschließung geklagt werden, weil eine Kommanditgesellschaft weder ohne einen persönlich haftenden Gesellschafter noch ohne einen Kommanditisten bestehen und mithin auch nicht fortgesetzt werden kann. In einem solchen Falle bleibt nur die Auflösung der Gesellschaft übrig [8]).

Art. 171.

Wenn eine Kommanditgesellschaft aufgelöst wird, oder wenn ein Kommanditist mit seiner ganzen Einlage oder mit einem Theile derselben ausscheidet, so müssen diese Thatsachen in das Handelsregister eingetragen werden.

Bei der Bekanntmachung unterbleibt die Bezeichnung des Kommanditisten und die Angabe des Betrages der Einlage.

Die Bestimmungen des Art. 129 kommen auch hier zur Anwendung.

Preuß. Entw. Art. 124, 155. — I. Entw. Art. 123, 160. — II. Entw. Art. 161. — Prot. S. 1108, 1155, 1165.

S. die Erläuterungen zu Art. 165 Abs. 2 und hinsichtlich der Förmlichkeiten der Anmeldung zum Handelsregister die Erläuterungen zu Art. 151 und 154.

Der Art. erwähnt nur die Eintragung der gänzlichen oder theilweisen Rückzahlung der Kommanditeinlage sowie des Ausscheidens des Kommanditisten, nicht aber die Eintragung der Erhöhung der Einlage. Daß auch die Vermehrung, beziehungsweise die Erhöhung der Einlage in das Handelsregister eingetragen werden müsse, ist im Gesetzbuche nicht vorgeschrieben, wohl aber kann die Erhöhung eingetragen und mit Weglassung des Betrages derselben veröffentlicht werden, wenn der Kom-

---

[8]) Nicht zu verwechseln mit der Fortsetzung der Gesellschaft ist die Uebernahme des Geschäftes derselben sammt Firma durch den oder die übrig Bleibenden. S. hierüber die Erläuterungen zu Art. 127 §. III S. 286.

manditist in die Eintragung willigt. Der Kommanditist erhöht dadurch seine Haft auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber *).

Art. 172.

Was bei der offenen Gesellschaft über die Art der Auseinandersetzung (Art. 130, 131 und 132), über die Liquidation und über die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter bestimmt ist, gilt auch bei der Kommanditgesellschaft in Betreff aller Gesellschafter.

Pr. Entw. Art. 155. — I. Entw. Art. 160. — II. Entw. Art. 162. — Prot. S. 308 f., 1156, 1165, 4647 f.

I. Da der Art. hinsichtlich der Liquidation der Kommanditgesellschaft auf die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft verweist, so kommt bei dem Liquidationsgeschäfte zunächst der Art. 133 zur Anwendung, welcher bestimmt, daß die Liquidation in Ermangelung vertragsmäßig ernannter Liquidatoren durch die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter als Liquidatoren bewirkt wird. Zu den sämmtlichen bisherigen Gesellschaftern gehören bei der Kommanditgesellschaft auch die Kommanditisten, demnach nehmen auch diese sämmtlich an der Liquidation Theil [1]), und zwar dies um so mehr, als im Art. 172 ausdrücklich betont ist, daß die angezogenen Bestimmungen über die offene Gesellschaft bei der Kommanditgesellschaft in Betreff aller Gesellschafter, also aller Mitglieder derselben gelten sollen.

Die Ausschließung des Kommanditisten von der Geschäftsführung hört demnach mit dem Eintritte der Liquidation auf, wenn auch nur für die Zwecke der Liquidation; diese Veränderung in den bisherigen Befugnissen der Gesellschafter ist für Dritte von Wichtigkeit.

Steht zu befürchten, daß aus der Zulassung von Kommanditisten zur Liquidation Nachtheile für das Geschäft entstehen, oder haben sich

---

*) Beispiel einer solchen Veröffentlichung: „Auf Anmeldung ist heute in das hiesige Handels-(Gesellschafts-)Register bei Nr. 159, unter welcher die in Bonn bestehende Kommanditgesellschaft G. E. J. Göttig und als deren persönlich haftender Gesellschafter der in Bonn wohnende Kaufmann G. H., sowie sieben Kommanditisten vermerkt stehen, eingetragen worden, daß einer der Kommanditisten am 30. Juni 1868 mit einem Theile seiner Vermögenseinlage aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, dagegen vier der übrigen Kommanditisten die Beträge ihrer resp. Vermögenseinlagen erhöht haben. Bonn, den 15. Februar 1869. Der Landgerichtssekretair."

[1]) v. Hahn zu Art. 172 §. 2, Auerbach I S. 159.

solche Nachtheile bereits ergeben, so können die übrigen Gesellschafter die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht beantragen (Art. 133 Abs. 2).

Bei der Liquidation der Aktienkommanditgesellschaft werden nicht sämmtliche Kommanditisten zugezogen, sondern neben den sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern nur eine oder mehrere von der Generalversammlung der Kommanditisten zu wählende Personen (Art. 205).

II. Ueber die Verjährung der Klagen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Kommanditisten s. die Erläuterungen zu Art. 165 (S. 379 bis 381).

Zweiter Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere.

Thöl §. 47b. — Endemann §. 67. — Auerbach, d. neue Handelsgesetz Abth. I Abschnitt XIX. — Ders., Gesellschaftswesen §. 106 f. — O. Wächter, Handelsrecht II §. 41 f. — Anschütz, über Aktienkommanditgesellschaften in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. I S. 326—343. Creizenach, die Inhaberaktie der Kommanditgesellschaft in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. II S. 53 f. — Das französische Gesetz über die Kommanditaktiengesellschaften vom 17. Juli 1856 im (Hamburger) Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. II S. 53 f. — Paignon, Commentaire de la loi sur les sociétés en commandite par actions, Paris 1856.

Einleitung.

§. 1.

Das Rechtsinstitut der Aktienkommanditgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in sämmtlichen deutschen Staaten erst durch das allg. d. HGB. gesetzlich geregelt worden. Auch die fremden Gesetzbücher enthielten nur wenige oder keine Bestimmungen über dasselbe. Das französische Handelsgesetzbuch (Art. 38) hatte das Institut zwar ausdrücklich erwähnt, ohne jedoch näher auf dasselbe einzugehen [1]).

[1]) Code de commerce Art. 38: Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de sociétés. Ueber die Entstehungsgeschichte dieses Artikels vgl. Creizenach in Goldschmidt's Zeitschrift

Die Folgen dieser Lücke der Gesetzgebung traten in Frankreich namentlich seit den dreißiger Jahren zu Tage. Die Zahl der Aktienkommanditgesellschaften, zu deren Errichtuug es keiner Staatsgenehmigung bedurfte, war allmählich in das Unglaubliche gestiegen. Allgemein war das Verlangen nach einem wirksamen Schutze gegen die bei vielen dieser Gesellschaften zu Tage getretenen Mißbräuche, und die Gesetzgebung sah sich schließlich genöthigt, die Lücke auszufüllen [2]). Es geschah dies durch das Spezialgesetz vom 17. Juli 1856, welches die Aktienkommanditgesellschaften (sociétés en commandite par actions) sehr strengen Vorschriften unterwarf und welches bei der Abfassung des allg. d. HGB. benutzt worden ist [3]).

Bd. II S. 53 f. Die Frage, ob die Aktien einer Kommanditgesellschaft auf den Inhaber ausgestellt werden können, war in Frankreich zwar nicht unbestritten, sie wurde jedoch zuletzt von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller mit Rücksicht auf die positive Vorschrift des Art. 35 des Cod. de c. bejaht und ist seit 1832 nicht wieder zur gerichtlichen Entscheidung gekommen. S. Gilbert zum Code de c. Art. 38. Ueber die französische Gesetzgebung vor dem Code de c. s. Fick in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. V S. 42, 57.

[2]) Zahlreiche Beispiele von Kriminalprozeduren gegen Geranten von Aktienkommanditgesellschaften, namentlich wegen betrügerischer Vorspiegelungen bei der Gründung oder während der Verwaltung der Gesellschaften, finden sich in den französischen Gerichtszeitungen (Gazette des Tribunaux und Le Droit), hauptsächlich in den Jahrgängen 1856 bis 1858. Als besonders charakteristisch theilt Schäffle, Nationalökonomie (1861) S. 209 folgende zwei Beispiele mit. In Paris wurde im J. 1855 eine Kommanditgesellschaft auf Aktien errichtet pour le mariage de l'Amérique et de l'Afrique, das projektirte Gesellschaftskapital betrug 20 Millionen Franks, eingetheilt in Aktien zu 1 Frk. In einem anderen Falle war es vorgekommen, daß die Aktienschwindler die Aktien auf einer Tenne mit Besen durcheinander fegten, um denselben den Anstrich kouranter Papiere zu geben. Diese Beispiele ließen sich leicht vermehren, nur möge man dabei nicht übersehen, daß das System der Staatsgenehmigung der Aktiengesellschaften erfahrungsmäßig ebenfalls keine Garantieen gegen den Aktienschwindel gewährt hat.

[3]) Nach der amtlichen Statistik des Pariser Handelsgerichtes wurde in Paris in dem einen Jahre vom 1. Juli 1855 bis 1. Juli 1856 eine solche Zahl von Aktienkommanditgesellschaften neu gegründet, daß das gesammte nominelle Gesellschaftskapital derselben die Summe von 1,928,671,000 Frks. betrug. Im vorhergehenden Jahre, 1. Juli 1854 bis 1. Juli 1855, betrug die Zahl der neu gegründeten Kommanditgesellschaften auf Aktien 225 mit einem Gesammtkapitale von nominell 968 Millionen Frks. Nach-

In denjenigen deutschen Ländern, in welchen das französische HGB. nicht galt, hatte das Institut nicht einmal jene formale gesetzliche Grundlage, welche ihm der Code de commerce durch den Art. 38 gewährte, und die Aktienkommanditgesellschaft blieb da, wo sie überhaupt in der Praxis vorkam, gleichsam sich selbst überlassen.

In den deutschen Lehrbüchern des Handelsrechtes wurde das Institut zwar gelegentlich erwähnt[4]), näher wurde jedoch auf dasselbe auch hier nicht eingegangen. Die deutsche Rechtswissenschaft hatte früher auch kaum eine Veranlassung, sich näher mit dieser Gattung der Handelsgesellschaften zu beschäftigen, da dieselbe in Deutschland früher überhaupt nur in wenigen Beispielen vorkam.

Als jedoch das allg. d. HGB. vorbereitet wurde, hatte sich dieser faktische Zustand längst geändert, denn in den Jahren nach 1848 waren Kommanditgesellschaften auf Aktien auch in solchen Gegenden entstanden, in welchen das Institut früher gänzlich unbekannt gewesen war.

Die Veranlassung zu dieser neuen Erscheinung lag theils in dem allgemeinen Aufschwunge, welchen die kaufmännische Spekulation und die Neigung zur Betheiligung an industriellen Unternehmungen mit dem Eintritte ruhigerer Zustände genommen hatte, theils aber auch in dem Umstande, daß in der Mehrzahl der deutschen Staaten die Errichtung von Aktiengesellschaften von der staatlichen Genehmigung abhängig und zugleich auch die Verwaltung derselben der staatlichen Oberaufsicht unterworfen war.

Kam nun der Fall vor, daß das Gesuch um Ertheilung der Konzession zu einer neu zu gründenden Aktiengesellschaft von der Staatsregierung abgeschlagen wurde, oder hatte man Grund anzunehmen, daß die Konzession nicht ertheilt werden würde, oder wollte man den oft beträchtlichen Zeitverlust vermeiden, welcher mit der Einholung der Staatsgenehmigung verbunden ist, oder war endlich das kommerzielle Unter-

---

dem jedoch das Gesetz vom 17. Juli 1856 in Geltung getreten war, sanken diese Ziffern so erheblich, daß bei den vom 1. Juli 1856 bis 1. Juli 1857 neu gegründeten Kommanditgesellschaften auf Aktien das gesammte Gesellschaftskapital nur 580,779,000, ferner im Jahre vom 1. Juli 1857 bis 1. Juli 1858 sogar nur 74,238,000 und im Jahre 1861 bis 1862 70 Millionen Frks. betrug. Man ist hiernach zu der Annahme berechtigt, daß das Gesetz vom 17. Juli 1856 seinen Zweck, die Unterdrückung betrügerischer und schwindelhafter Unternehmungen in Form von Aktienkommanditgesellschaften, erreicht hat und daß seitdem nur solche Gesellschaften gegründet worden sind, welche keinen Grund hatten, die strengen Bestimmungen des Gesetzes zu scheuen. S. auch Anm. 11.

[4]) Thöl 3. Aufl. §. 40. Mittermaier, Privatrecht 7. Aufl. §. 558. Brinckmann §. 54.

nehmen überhaupt nicht von dem Umfange, daß es sich gelohnt hätte, den schwerfälligen Apparat der Einholung der Staatsgenehmigung in Bewegung zu setzen, so lag es nahe, das Unternehmen in der Form der Aktienkommanditgesellschaft in das Leben zu rufen. Denn zur Errichtung einer solchen Gesellschaft bedurfte es weder nach gemeinem deutschen noch nach partikularem Rechte einer Staatsgenehmigung. Allerdings war es zur Gründung derselben unerläßlich, daß sich mindestens ein Gesellschafter fand, der als Komplementar die persönliche Haft übernahm. Allein wenn eine solche Persönlichkeit vorhanden war, so war damit auch das einzige Hinderniß beseitigt, welches der Durchführung der beschränkten Haft für alle diejenigen im Wege stand, welche sich nur als Aktionäre an der Gesellschaft betheiligen wollten.

§. 2.

Diese Verhältnisse und Wechselbeziehungen traten schon bei der Gründung einer der ersten und bedeutendsten preußischen Kommanditgesellschaften auf Aktien hervor, welche auch gegenwärtig noch in dieser Form besteht. Es ist dies die im Jahre 1851 errichtete Berliner Diskontogesellschaft, welche ihren Ursprung dem Umstande verdankt, daß dem Gründer derselben, David Hansemann, die Konzession zur Errichtung einer Bank in Form einer Aktiengesellschaft von der preußischen Staatsregierung verweigert wurde. „So lange der Staat", heißt es in dem ersten Statut der Gesellschaft vom Jahre 1851, „die Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft nicht ertheilt, nimmt der Verein die Form einer stillen Gesellschaft an". Die Gesellschaft näherte sich schon in ihrer ersten Organisation sehr erheblich der Aktienkommanditgesellschaft und nahm diese letztere Form im Jahre 1856 ausdrücklich an [5]).

Auch später noch trat dieser Zusammenhang zwischen der Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung für Aktiengesellschaften und dem Wegfalle derselben bei den Aktienkommanditgesellschaften mehrfach hervor. Als im Jahre 1856 die preußische Staatsregierung die Genehmigung zu einer Reihe von Bankunternehmungen auf Aktien verweigert hatte, nahmen einzelne dieser Unternehmungen ihr Domizil in anderen deutschen Staaten

---

[5]) Die noch jetzt bestehende ältere Firma der Gesellschaft lautet: Direktion der Diskontogesellschaft. Ueber die Eigenthümlichkeit, daß bei dieser Gesellschaft zwei verschiedene Arten von stillen Gesellschaftern unterschieden wurden, die Kommanditisten und die Mitbetheiligten, s. S. 346 Anm. 33 a. E.

und wurden dort als Aktiengesellschaften konzessionirt, andere dagegen traten innerhalb des preußischen Staatsgebietes als Aktienkommanditgesellschaften in das Leben[6]). Es ist selbstverständlich, daß dieser letztere Weg nur dann eingeschlagen werden kann, wenn der gewerbliche Zweck des Unternehmens an sich von der staatlichen Genehmigung unabhängig ist. Eine Eisenbahn oder eine Zettelbank kann selbstverständlich auch nicht von einer Aktienkommanditgesellschaft errichtet werden, wenn der Bau der Eisenbahn nicht staatlich genehmigt wird, oder wenn in Folge der bestehenden Gesetzgebung die Emission von Banknoten ohne Staatsgenehmigung nicht erlaubt ist und diese Genehmigung verweigert wird.

§. 3.

Es würde jedoch ein erheblicher Irrthum sein, wenn man die Entstehung sämmtlicher Kommanditgesellschaften auf Aktien in der Periode, welche dem allg. d. HGB. unmittelbar vorherging, nur auf die so eben geschilderte Veranlassung zurückführen wollte. Vielmehr sind in jenem Zeitraume auch Aktienkommanditgesellschaften errichtet worden, welche in keinem Zusammenhange mit der Verweigerung der staatlichen Konzession zu einer Aktiengesellschaft standen, bei denen vielmehr diese Form der Vereinigung zu einem gemeinsamen kommerziellen Unternehmen lediglich um ihrer selbst willen gewählt wurde. Es waren dies in der Regel solche Unternehmungen, welche zu anderen Zeiten als einfache Kommanditgesellschaften errichtet worden sein würden, nicht allein weil dieselben ein kleineres Gesellschaftskapital erforderten, als es sich in der Regel bei Aktiengesellschaften findet, sondern vorzugsweise auch deshalb, weil sie auf der Grundlage der Betheiligung ganz bestimmter Persönlichkeiten als persönlich haftender Gesellschafter beruhten. Wenn bei diesen Gesellschaften die Aktienemission beliebt wurde, so geschah dies lediglich im Zusammenhange mit der im heutigen Verkehrsleben vorherrschenden Tendenz, die Gesellschaftsantheile der Kommanditisten durch die Aktienform möglichst leicht übertragbar und zirkulationsfähig zu machen, während man daneben alle diejenigen Vortheile beibehalten wollte, welche aus der Betheiligung bestimmter persönlich haftender Gesellschafter für die Gesellschaft entspringen.

---

[6]) Z. B. die Berliner Handelsgesellschaft, der Schlesische Bankverein in Breslau, welche beide auch gegenwärtig noch als Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehen. Vgl. Anschütz, über Aktienkommanditgesellschaften, in dem Jahrbuch des gem. deutschen Rechtes Bd. I S. 330 Anm. 6.

Hieraus ergibt sich zugleich, daß das Institut der Aktienkommanditgesellschaft voraussichtlich auch dann noch Bestand haben wird, wenn in Folge einer allgemeinen Aenderung der Gesetzgebung die staatliche Genehmigung zur Gründung von Aktiengesellschaften in Zukunft nicht mehr erforderlich sein wird [7]).

Allerdings wird man alsdann eine Kommanditgesellschaft auf Aktien in allen denjenigen Fällen nicht mehr errichten, in welchen nur auf die beschränkte Haft der Theilnehmer, nicht aber auf das Vorhandensein bestimmter persönlich haftender Gesellschafter Werth gelegt wird, und in denen in Folge des Wegfalles der bisher erforderlichen Genehmigung die Gründung einer Aktiengesellschaft alsdann wesentlich erleichtert erscheint. Dagegen wird man die Aktienkommanditgesellschaft nach wie vor beibehalten, sobald der Schwerpunkt des Unternehmens in der Theilnahme bestimmter, persönlich haftender Gesellschafter liegt und man die Vortheile der beschränkten Haft sowie der Aktienemission nur für die Kommanditisten erreichen will. Mit anderen Worten, diejenigen, welche sich nur mit beschränkter Haft und mit bestimmten Kapitalbeiträgen an einem Unternehmen betheiligen wollen, werden auch in Zukunft der Kommanditgesellschaft auf Aktien dann den Vorzug vor der Aktiengesellschaft geben, wenn sie lediglich oder hauptsächlich im Vertrauen auf die Geschäftstüchtigkeit oder Kreditfähigkeit einer oder mehrerer bestimmter Persönlichkeiten, welche als Komplementare an die Spitze des Unternehmens treten sollen oder getreten sind, sich an dem Unternehmen betheiligt haben, und wenn sie diese Persönlichkeiten dauernd an der Spitze desselben erhalten zu sehen wünschen. Auch darf man nicht übersehen, daß die Gründe, in einem bestimmten Falle der Kommanditgesellschaft auf Aktien den Vorzug vor der Aktiengesellschaft zu geben, auch auf Seiten des persönlich haftenden Gesellschafters, des Komplementars oder Gerants vorhanden sein können. Es wird dies dann der Fall sein, wenn sich derselbe die Leitung des von ihm gegründeten Unternehmens sichern will, weil er ein hohes Vermögensinteresse daran hat oder weil besondere, ihm eigene Kenntnisse und Fähigkeiten dazu erforderlich sind. Hat der Gründer eines gesellschaftlichen Unternehmens dieses Ziel vor Augen, so wird er zur Durchführung desselben nicht die Form der Aktiengesellschaft wählen, weil er bei dieser der Gefahr ausgesetzt ist, daß ihm bei der Neuwahl des Vorstandes oder durch einen anderweiten Beschluß der Generalversammlung die Leitung des Unternehmens entzogen wird.

Bei denjenigen Unternehmungen dagegen, bei welchen nach der Absicht der Kommanditisten die Komplementare nicht den Mittelpunkt

---

[7]) S. die Erläuterungen zu Art. 208.

und Kern des Geschäftes bilden, sondern nur vorgeschobene und für die persönliche Haft gleichsam gemiethete Personen sein sollen, ist die Form der Aktienkommanditgesellschaft auch nicht berechtigt. Derartige Unternehmen sind von den Gründern als Aktiengesellschaft gedacht, aber als Kommanditgesellschaft ausgeführt[8]). Dieser Widerspruch zwischen Form und Inhalt führt schließlich zu einem „Kampf um das Dasein", die Kommanditisten betrachten sich faktisch als Herren des Geschäftes, während sie es der juristischen Form nach nicht sind, die Komplementare dagegen stützen sich auf die feste Position, die ihnen das Gesetz gibt, und behaupten sich, den Kommanditisten gegenüber, als Herren des Unternehmens, während sie nach der ursprünglichen Absicht der Kommanditisten eine viel geringere Stellung einnehmen sollten[9]). In solchen Fällen sollte man überhaupt nicht die Kommanditgesellschaft auf Aktien, sondern gleich von Anfang an die Aktiengesellschaft wählen.

§. 4.

Das allg. d. HGB. fand demnach das Institut der Aktienkommanditgesellschaft auch in Deutschland bereits thatsächlich vor, wenn auch auf einzelne Gegenden beschränkt[10]).

Da, wo diese Gesellschaftsform angewandt worden war, war sie unmittelbar aus den Bedürfnissen des heutigen Verkehres hervorgegangen und es konnte deshalb nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, die Zulassung dieses Institutes überhaupt in Frage zu stellen. Die gänzliche Unterdrückung desselben würde gegen den Grundsatz verstoßen haben, daß die Ausdehnung des Assoziationswesens nicht gehemmt, sondern gefördert werden soll und daß es den Parteien überlassen bleiben muß, unter den verschiedenen Formen und Arten des Gesellschaftsvertrages diejenige zu

---

8) Vgl. Saling, die Norddeutschen Börsenpapiere, Berlin 1868, S. 274.

9) S. die Erläuterungen zu Art. 199 und Berliner Börsenzeitung vom 18., 19. Februar und 31. März 1868.

10) Die Frage, ob eine Aktienkommanditgesellschaft schon nach früherem preußischen Rechte zu Recht bestehen konnte, obgleich das preuß. Landrecht das Institut nicht erwähnt, kam vor dem allg. d. HGB. namentlich in dem vielbesprochenen Falle der Kreditgesellschaft Ceres in Berlin zur gerichtlichen Entscheidung. In der Verfügung des Obertribunales zu Berlin vom 4. Februar 1858 (Goldschmidt, Zeitschrift Bd. II S. 143) wurde die Frage bejaht und ausgeführt, daß nicht das ganze Vermögen dieser Handelsgesellschaft in den Konkurs über das Privatvermögen des Komplementars derselben hineingezogen werden könne, sondern nur der Antheil des Komplementars am Gesellschaftsvermögen.

wählen, welche ihren Bedürfnissen im einzelnen Falle am besten entspricht. Es würde ein geistiges Armuthszeugniß für die Gesetzgebung sein, wenn sie eine an sich nützliche Einrichtung lediglich deßhalb unterdrücken wollte, weil mit derselben möglicher Weise Mißbräuche und Nachtheile verbunden sein können.

Vielmehr konnte die Aufgabe nur in der gesetzlichen Ausbildung und Regelung der Kommanditgesellschaft auf Aktien bestehen, namentlich auch in der Aufstellung von geeigneten Normen zur Verhütung der bei derselben bisher zu Tage getretenen Nachtheile.

§. 5.

Dies war auch der Standpunkt des preußischen Entwurfes, in welchem das Institut der Aktienkommanditgesellschaft unter dem Namen der stillen Handelsgesellschaft auf Aktien ausführlich behandelt war (Art 156 bis 177). Die Motive zum Entwurfe (S. 80, 81) sprachen sich mit Recht dahin aus, daß die Zulässigkeit dieser Gesellschaftsart vom rein rechtlichen Standpunkte nicht bezweifelt werden könne. Denn für Dritte, welchen der Kommanditist immer nur mit seiner Einlage hafte, sei es unerheblich, in welcher Form dieselbe geleistet werde; der persönlich haftende Gesellschafter aber erkläre sich bei der Aktienkommanditgesellschaft gleich von Anfang an damit einverstanden, daß der Kommanditist sein ganzes gesellschaftliches Interesse auf Dritte übertragen und daß der jedesmalige Erwerber der Aktie an seiner Stelle in die Gesellschaft eintreten dürfe.

Aber auch die Frage, ob die Gestattung dieser Gesellschaftsform sich vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit empfehle, ist in den Motiven bejaht worden. Dem Bedenken, daß diese Gesellschaftsform hauptsächlich gewählt würde, um die staatliche Genehmigung zur Gründung von Aktiengesellschaften zu umgehen, und daß mit derselben die Gefahr einer besonderen Benachtheiligung der Gesellschaftsgläubiger verbunden sei, wurden die großen Vortheile gegenüber gestellt, welche die Zerlegung des Gesellschaftskapitales in Aktien für den Verkehr hervorbringt. „Die Kapitalien werden dem Handel leichter zufließen, wenn den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben ist, ihr Interesse an der Gesellschaft jederzeit und ohne die Einwilligung ihrer Mitgesellschafter oder andere Beschränkungen vollständig auf Dritte zu übertragen.“

Die angeregten Bedenken sollten nach dem Entwurfe lediglich durch strenge Form- und Kontrolvorschriften, sowie durch das unbedingte Verbot der Ausstellung von Aktien auf jeden Inhaber beseitigt werden, dagegen enthielt der Entwurf nicht auch die Beschränkung, daß zur Grün-

dung einer Aktienkommanditgesellschaft die staatliche Genehmigung erforderlich sei.

§. 6.

Bei den Nürnberger Berathungen machte sich jedoch eine weniger günstige Auffassung des ganzen Institutes geltend.

Einem großen Theile der Kommissionsmitglieder war das Institut aus praktischer Anschauung nicht bekannt, weil sich die Gelegenheit dazu bei der verhältnißmäßig geringen Zahl solcher Gesellschaften in Deutschland noch nicht geboten hatte. Die Mehrzahl der Mitglieder betrachtete das Institut mit unverkennbarem Mißtrauen und stützte dieses hauptsächlich auf die französischen Erfahrungen.

Man übersah hierbei nur das Eine, daß diese Erfahrungen sämmtlich dem Zeitraume vor dem Gesetze vom 17. Juli 1856 angehörten, also einer Periode, in welcher sowohl die Gründung wie die Verwaltung der Kommanditgesellschaften auf Aktien in Frankreich jeder gesetzlichen Regelung und Kontrole entbehrte, während durch das erwähnte Gesetz ein völlig neuer Rechtszustand für diese Gesellschaften geschaffen war.

Hatte nun der preußische Entwurf in seinen ausführlichen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaften sich nicht die Aufgabe gestellt, rücksichtlich dieser Gesellschaften einen Zustand hervorzurufen, wie derselbe in Frankreich vor 1856 bestand, waren vielmehr die strengen Bestimmungen des französischen Gesetzes vom 17. Juli 1856 unter mannichfachen Verbesserungen in den Entwurf aufgenommen worden, so hätte man folgerichtiger Weise diesen Abschnitt des Entwurfes auch nicht nach dem Maßstabe der französischen Zustände von vor 1856, sondern nur nach denjenigen von nach 1856 beurtheilen sollen[11]).

Zwar wurde der Antrag, die Kommanditgesellschaft auf Aktien ganz aus dem Entwurfe zu streichen, von der Mehrheit wiederholt abgelehnt[12]), allein man fügte den strengen Bestimmungen des Entwurfes noch die Bedingung der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktienkommanditgesellschaften hinzu (Art. 174 des HGB.), während man

---

[11]) Vgl. oben Anm. 3. Das französische Gesetz von 1856 erschien später sogar wieder als zu streng und es ist gegenwärtig an die Stelle desselben das Gesetz über die Gesellschaften vom 24. Juli 1867 Tit. I getreten. Vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. XII Beilageheft S. 99 und 121.

[12]) Sowohl in der ersten wie in der zweiten Lesung. Prot. S. 377 u. 1114.

dann schließlich noch den Landesgesetzen der einzelnen Staaten gestattete, diese Bedingung wieder zu streichen (Art. 206)[13].

Nur dem Umstande, daß eine erhebliche Anzahl von Landesgesetzgebungen von dieser Befugniß Gebrauch machte und die Gründung von Aktienkommanditgesellschaften der Staatsgenehmigung nicht unterworfen hat[14]), ist es zu verdanken, daß das Institut mit der Einführung des allg. d. HGB. nicht wieder völlig aus Deutschland verschwunden ist. Denn für eine ganze Reihe kleinerer Unternehmungen, welche inzwischen in Gestalt der Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgeführt worden sind und noch täglich ausgeführt werden, würde der ganze Apparat der Einholung der staatlichen Genehmigung viel zu schwerfällig, zeitraubend und in seinen Rückwirkungen auch zu kostspielig gewesen sein, als daß sie auf diesem Wege hätten entstehen können[15]).

§. 7.

Im Uebrigen hat das Gesetzbuch den Zweck, sowohl die Gründung unsolider und schwindelhafter Unternehmungen in Form von Aktienkommanditgesellschaften überhaupt zu verhindern, als auch die Kommanditisten gegen die Ausbeutung durch die Komplementare zu schützen, hauptsächlich durch folgende obligatorische Bestimmungen zu erreichen gesucht, welche der Kommanditgesellschaft auf Aktien eigenthümlich sind und sich bei der Aktiengesellschaft nicht finden.

1) Die Aktien müssen im Mininum auf einen Betrag von zweihundert Thalern lauten. Art. 173 Abs. 2.

2) Die Aktien dürfen nicht auf den Inhaber, sondern müssen auf Namen lauten. Art. 173 Abs. 2 und Art. 182 Abs. 2.

3) Der ursprüngliche Zeichner der Aktie kann von der Verpflichtung, den Betrag der Aktie voll einzuzahlen, nicht entbunden werden. Art. 184.

4) Die Gesellschaft muß einen Aufsichtsrath haben, dessen Aufgabe in der Ueberwachung der Geschäftsführung besteht. Art. 175 Ziff. 6, 177 Ziff. 3.

---

[13]) Das Mißtrauen, mit welchem die Kommanditgesellschaft auf Aktien im allg. d. HGB. behandelt ist, wird im Hinblicke auf die freiere Stellung des Institutes im schweizerischen Entwurfe eines HGB. auch getadelt von Heusler in der Zeitschr. f. schweizer. Recht Bd. XIII S. 226.

[14]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 174 Abs. 1.

[15]) Die Fälle, in welchen die Staatsgenehmigung zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien nachgesucht und ertheilt worden ist, sind sehr vereinzelt.

5) Die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrathes, die Dauer ihrer Funktionen, die Rechte und Pflichten sowie die Verantwortlichkeit derselben unterliegen bestimmten gesetzlichen Vorschriften. Art. 191, 192, 193, 204.

6) Die Gesellschaft kann nicht eher in das Handelsregister eingetragen werden und besteht als solche nicht eher, bis nicht nur die Zeichnung aller Aktien, sondern auch die Bestellung des Aufsichtsrathes und die erfolgte Einzahlung von mindestens einem Viertheile des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages nachgewiesen ist. Art. 177, 178.

7) Ueber die vertragsmäßigen Geschäftseinlagen und Antheile der Komplementare dürfen keine Aktien ausgegeben werden. Art. 181.

8) Wenn ein Gesellschafter eine Einlage machen will, welche nicht in baarem Gelde besteht oder wenn demselben besondere Vortheile zugesichert werden sollen, so unterliegen diese Verabredungen einer besonderen Prüfung und Beschlußfassung durch die Generalversammlung. Art. 180.

Wenn sich diese strengen Bestimmungen im HGB. nicht auch auf die Aktiengesellschaften ausgedehnt finden, so liegt der Grund hiervon darin, daß dieselben nach der ursprünglichen Anlage des preußischen Entwurfes die staatliche Genehmigung ersetzen sollten, welche im Entwurfe nur für die Aktiengesellschaften vorgeschrieben war[16].

---

[16]) Man hat die Frage aufgeworfen, ob diese Masse beengender Vorschriften nicht blos die Gründung unsolider, sondern auch solider und redlicher Unternehmungen in der Form von Aktienkommanditgesellschaften verhindern. Die Erfahrung beweist aber da, wo nicht auch noch die Staatsgenehmigung erforderlich ist, das Gegentheil. Ist der Zweck des Unternehmens ein solider, so hat man sich seit der Geltung des allg. d. HGB. da, wo die Staatsgenehmigung nicht erforderlich ist, durch die strengen Bestimmungen desselben von der Gründung solcher Gesellschaften nicht abschrecken lassen. Die Zahl derselben ist gegenwärtig weder zu groß noch zu geringfügig und bewegt sich demnach wohl in einem dem wirthschaftlichen Bedürfnisse entsprechenden Verhältnisse. So waren im Jahre 1869 im Handelsregister zu Halle a. d. S. neben 103 offenen Handelsgesellschaften eingetragen: 4 einfache Kommanditgesellschaften, 2 Aktienkommanditgesellschaften und 3 Aktiengesellschaften. In Berlin bestanden Ende 1867 neben 30 Aktiengesellschaften 18 Kommanditgesellschaften auf Aktien, einzelne der letzteren haben sich seitdem wieder aufgelöst, an deren Stelle wieder neue Gesellschaften getreten sind. Vgl. auch oben S. 339 Anm. 19.

Art. 173.

Das Kapital der Kommanditisten kann in Aktien oder Aktienantheile zerlegt werden.

Die Aktien oder Aktienantheile müssen auf Namen lauten. Sie müssen auf einen Betrag von mindestens zweihundert Vereinsthalern gestellt werden, wenn nicht die Landesgesetze nach Maaßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten.

Aktien oder Aktienantheile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren als den gesetzlich bestimmten Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen.

Preuß. Entw. Art. 156. — I. Entw. Art. 161. — II. Entw. Art. 163. — Prot. S. 377, 1116, 1119 f.

I. Rechtliche Natur der Aktienkommanditgesellschaft.

Das HGB. faßt die Kommanditgesellschaft auf Aktien als eine Unterart der Kommanditgesellschaft, nicht als eine Unterart der Aktiengesellschaft auf. Dies ergibt sich aus der Stellung des Institutes im Systeme des Gesetzbuches sowie aus der Ueberschrift dieses Abschnittes.

Hieraus folgt, daß die Ergänzung der im gegenwärtigen Abschnitte enthaltenen Spezialbestimmungen über die Aktienkommandite zunächst aus den Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft entnommen werden muß und daß alle diejenigen Bestimmungen des ersten Abschnittes dieses Titels, welche im zweiten Abschnitte nicht abgeändert sind, auch auf die Aktienkommanditgesellschaft anwendbar sind.

Demnach ist es prinzipiell unrichtig, das Wesen der Aktienkommandite nach dem A. D. HGB. darin zu finden, daß sie eine modifizirte Aktiengesellschaft sei, modifizirt durch die persönliche und solidarische Haft der Geschäftsführer oder Direktoren. Allerdings ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien gemischter Natur, ihr Wesen besteht in einer Verbindung der Grundsätze der Kommanditgesellschaft mit bestimmten Institutionen des Aktiengesellschaftsrechtes. Diese Verbindung macht sie aber nicht zu einer Aktiengesellschaft, sondern zu einer modifizirten Kommanditgesellschaft.

Jene irrige Auffassung führt auch zu völlig unrichtigen Konsequenzen hinsichtlich der Stellung der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber den Kommanditisten oder Aktionären, insbesondere hinsichtlich des Austrittes und der Absetzbarkeit der ersteren (Art. 199) sowie hinsichtlich der rechtlichen Befugnisse der Generalversammlung der Aktionäre[1]).

Zu Abs. 1.

II. Nicht das ganze Gesellschaftskapital, sondern nur das Kapital der Kommanditisten soll in Aktien zerlegt werden können, während bei der Aktiengesellschaft die Zerlegung in Aktien auf das gesammte Kapital Anwendung findet (Art. 207 Abs. 2).

Die letztere Bestimmung enthielt auch der preußische Entwurf[2]), während derselbe daneben noch die weitere Vorschrift aufgenommen hatte, daß für die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter keine Aktienscheine ausgegeben werden und daß diese Antheile (Aktien) unveräußerlich sein sollen (Preuß. Entw. Art. 162, HGB. Art. 181). Der Entwurf hielt diese Einschränkung für ausreichend, um den Unterschied zwischen der Aktienkommandite und der Aktiengesellschaft aufrecht zu erhalten und zu verhüten, daß die Komplementare ihre Antheile in der Stille verwerthen und so aus Trägern der Gesellschaft bloße bezahlte Beamte derselben werden.

Der Entwurf hielt demnach die in der Natur der Sache liegende Un- Unterscheidung zwischen der Zerlegung des Gesellschaftskapitales in Aktien und der Uebertragbarkeit der Aktien sowie der Ausgabe von Aktienscheinen fest. Eine Zerlegung des ganzen Gesellschaftskapitales, welches durch die Einlagen sämmtlicher Gesellschafter gebildet wird, in eine bestimmte Anzahl gleich großer Antheile, welche in der Regel in einem dezimalen Bruchtheile des Ganzen bestehen, ist bei jeder Gesellschaft durchführbar, ohne Rücksicht auf die Frage, zu welcher Klasse von Societäten dieselbe

[1]) Daß der Gesetzgeber, so lange es sich de lege ferenda handelte, dieser Auffassung hätte Raum geben und die Aktienkommandite als eine Unterart der Aktiengesellschaft hätte behandeln können, ist zweifellos. Allein es ist dies im HGB. nicht geschehen und gegenwärtig handelt es sich de lege lata. Jene Auffassung liegt der englischen Gesetzgebung von 1867 zu Grunde. Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XII Beilageheft S. 42.

[2]) Preuß. Entw. Art. 156: „Das Kapital der stillen Handelsgesellschaft kann in Aktien oder Aktienantheile zerlegt wer en". Ebenso der Code de c. Art. 38, s. S. 391 Anm. 1, und das französische Gesetz v. Juli 1856 Art. 1: „Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de cent francs, lorsque u. s. w." Dieselbe Bestimmung enthalten auch die Statuten der Aktienkommanditen aus der Periode vor dem allg. d. HGB.

gehört. Diese Zerlegung kann hauptsächlich erfolgen zur leichteren Berechnung der Gewinnantheile (Dividende) bei Gesellschaften von ausgedehnter Mitgliederzahl; eine Emission von Aktien- oder Antheilscheinen braucht damit nicht verbunden zu sein, noch weniger fällt dieselbe an und für sich mit der Veräußerlichkeit und Uebertragbarkeit der Antheile oder aber mit der beschränkten Haft zusammen, diese hängt vielmehr lediglich davon ab, zu welcher Art von Societäten die Gesellschaft gehört.

Bei der Berathung wurde jedoch die Fassung des Entwurfes abgeändert und die gegenwärtige Fassung vorgezogen, weil durch diese der Gegensatz zwischen der Aktiengesellschaft und der Aktienkommandite schärfer ausgedrückt werde [3]).

III. In der Praxis hat sich nun die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen in folgender Weise gestaltet.

Die Statuten der Aktienkommanditgesellschaften geben den Betrag des gesammten Grundkapitales der Gesellschaft an und theilen dieses ganze Kapital rechnungsmäßig in Aktien ein. Sie fügen dann hinzu, wie viel von diesen Aktien auf die statutenmäßigen Einlagen oder Antheile der persönlich haftenden Gesellschafter fallen und bemerken mit Rücksicht auf die im Art. 181 enthaltenen Vorschriften, daß über diese Antheile entweder noch keine Aktiendokumente ausgefertigt oder daß dieselben wenigstens nicht ausgegeben, sondern als unveräußerlich bei der Gesellschaft deponirt sind [4]).

---

[3]) Prot. S. 1119 bis 1121. v. Hahn zu Art. 173 bemerkt, daß durch diese Abänderung der Fassung eine materielle Aenderung nicht hervorgebracht sei; denn auch nach dem preuß. Entwurfe hatte die Zerlegung der Einlagen der Komplementare nur die Bedeutung einer Rechnungsmanipulation.

[4]) Statut der Berliner Handelsgesellschaft (1856) §. 40: „Ein jeder Miteigenthümer der Firma (Komplementar) muß mindestens mit 100 Antheilsscheinen bei der Gesellschaft betheiligt sein. Dieselben sind bis zu seinem Ausscheiden bei der Gesellschaft niederzulegen, und dürfen weder beschwert noch veräußert werden." Gesellschaftsvertrag des Halle'schen Bankvereines (1866) §. 2: „Das Grundkapital der Gesellschaft wird auf 280,000 Rthlr. festgesetzt und in 1400 Aktien à 200 Rthlr. aufgebracht", und deklaratorischer Zusatz: „Das Grundkapital besteht nicht blos aus dem Aktienkapitale der Kommanditisten von 260,000 Rthlr., sondern auch in dem Einlagekapitale der persönlich haftenden Gesellschafter, deren jeder 10,000 Rthlr. einzuzahlen hat und für welches Aktien erst ausgefertigt werden, wenn Fälle des §. 11 und 12 (Ausscheiden eines Komplementars) eintreten." Statut der Aktienkommanditgesellschaft Westend in Berlin (1866) §. 3: „Das Gesellschaftskapital beträgt 500,000 Rthlr. und wird in 2500 Aktien von je 200 Rthlr. zerlegt"; §. 8: „Der persönlich haftende Gesellschafter muß an

IV. Aktienantheile.

Der Artikel erwähnt neben den Aktien auch noch die Aktienantheile, ebenso die Art. 175 Ziff. 6, 176 Ziff. 4, 182, 207, 209 Ziff. 4, 210 Ziff. 4. Auch dieses Institut hat die Aktienkommandite von der Aktiengesellschaft entlehnt. Es können nemlich, um die Betheiligung an der Gesellschaft zu erleichtern, die Aktien statutarisch wieder in eine Anzahl gleich großer Theile (coupons d'actions), in halbe, Viertelsaktien u. s. w. zerlegt werden, so daß auch derjenige, welcher nur einen solchen Bruchtheil besitzt, wenigstens pekuniär an der Gesellschaft betheiligt ist. Diese Einrichtung findet sich in der Regel nur bei solchen Aktien, welche auf einen hohen Nominalbetrag lauten und sie kann alsdann einem praktischen Bedürfnisse entsprechen [5]).

Die Aktienantheile können zwar selbständig übertragen werden, der Gesellschaft gegenüber bleibt aber die Aktie das einheitliche Ganze [6]). Die Betheiligung des Inhabers eines Aktienantheiles ist deshalb auch lediglich eine pekuniäre. Derselbe ist allerdings verhältnißmäßig am Gewinne und am Gesellschaftsvermögen betheiligt, dagegen ist er nicht eigentlicher Aktionär, der Aktienantheil verleiht für sich allein nicht die Mitgliedschaft an der Gesellschaft und kein Stimmrecht in der Generalversammlung der

---

dem Gesellschaftsvermögen mit 25 Aktien betheiligt sein, welche unveräusserlich sind und in der Gesellschaftskasse deponirt bleiben." S. die Erläuterungen zu Art. 181.

5) Die Aktienantheile sind also Antheile an einer und derselben Aktiennummer, sie werden deshalb auch sämmtlich mit derjenigen Nummer bezeichnet, zu welcher sie als Bruchtheile gehören, während sie gleichzeitig durch besondere Merkmale unter einander unterschieden werden, z. B. durch die Buchstaben A, B, C, D. Vgl. Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften S. 88 und Statuten der beiden Aktienversicherungsgesellschaften Providentia und Phönix zu Frankfurt a. M. §. 12.

6) Auch hierin zeigt sich die Verwandtschaft der Aktiengesellschaft mit der Gewerkschaft. Auch der Kux wird im Verkehre bekanntlich wieder in Bruchtheile zerlegt, namentlich bei ergiebigen Bergwerken; der Gewerkschaft gegenüber bildet aber immer nur der Kux die Einheit. Das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 sowie das bayerische Berggesetz vom 20. März 1869 haben für die neuen Gewerkschaften die Untheilbarkeit der Kuxe eingeführt (preußisches Gesetz §. 101, bayerisches Gesetz Art. 91); für die Kuxe der vorhandenen älteren Gewerkschaften, und diese bilden die weit überwiegende Mehrzahl, ist jedoch die Theilbarkeit bestehen geblieben, nur darf in Zukunft ein Kux nur noch in Zehntheile zerlegt werden (preuß. Gesetz §. 228, bayer. Gesetz Art. 228). Vgl. Klostermann, d. allg. Berggesetz f. d. preuß. Staaten (Berlin 1866) S. 393.

Aktionäre [7]). Der Besitzer eines Aktienviertheiles hat nicht etwa eine Viertelstimme und ebensowenig haben die Besitzer von vier Viertheilen zusammen dasjenige Stimmrecht, welches statutarisch oder gesetzlich mit dem Besitze einer Aktie verbunden ist. Wohl aber steht derjenige, welcher die sämmtlichen emittirten Antheile einer und derselben Aktiennummer in seinem Besitze vereinigt, dem Besitzer einer ganzen oder Stammaktie gleich [8]).

Die Bestimmung, daß die Aktien in Antheile zerlegt werden können, welche jedoch bei der Aktienkommandite nicht unter 200 Thaler betragen dürfen, bezieht sich nur auf die statutarische Zerlegung durch die Gesellschaft selbst [9]). Der einzelne Aktionär ist zu einer solchen Zerlegung nicht befugt [10]), die Aktie sowie die statutarisch gestatteten Aktienantheile sind untheilbar (Art. 182 Abs. 1). Damit ist nicht ausgeschlossen, daß ein Aktionär vertragsmäßig einen Dritten an seiner Aktie betheiligt; allein der Gesellschaft gegenüber erlangt der Dritte dadurch keine Rechte, und es würde ein solcher Fall nach Analogie des Art. 98 Abs. 2 zu behandeln sein [11]).

Aus der Untheilbarkeit der Aktie folgt, daß, wenn eine Aktie oder ein statutarischer Aktienantheil von mehreren Personen in Gemeinschaft erworben wird, z. B. durch Erbgang, sich dieselben der Gesellschaft gegenüber über einen Träger des Aktienrechtes vereinigen müssen.

Zu Abs. 2 und 3 des Artikels.

V. Namenaktien. Verbot der Inhaberaktien [12]).

Die Vorschrift, daß die Aktienantheile, Promessen und Interimsscheine der Aktienkommanditen bei Strafe der Nichtigkeit nicht auf jeden

---

[7]) Renaud a. a. O. S. 73, 418.

[8]) Die Bedingung, daß die Antheile sämmtlich zu einer und derselben Nummer gehören müssen, wird zwar von Renaud a. a. O. S. 418 nicht ausdrücklich erwähnt, dieselbe ergibt sich jedoch daraus, daß nur auf diese Weise die Einheit der Aktie dargestellt und gewahrt bleibt. Vgl. Anm. 5

[9]) K. sächs. Gesetz, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868 §. 41: „Eine Aktie ist nur insoweit theilbar, als das Statut dies ausdrücklich gestattet."

[10]) Renaud S. 71, 72.

[11]) S. die Erläuterungen zu diesem Artikel.

[12]) Namenaktie einer Kommanditgesellschaft auf Aktien:

Nr. 236. Aktie des Halle'schen Bankvereins von Kulisch, Kämpf u. Comp. in Halle a. d. S. für Zweihundert Thaler in preußischem Courant. Herr N. N. hat auf diese Aktie zweihundert Thaler zur Gesellschaftskasse eingezahlt und nimmt nach Höhe dieses Betrages in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages als Kommanditist verhältnißmäßigen An-

Inhaber sondern auf bestimmte Inhaber, also auf Namen gestellt werden müssen, gehört zu denjenigen rechtspolizeilichen Vorschriften, welche sich speziell auf die Aktienkommanditgesellschaften und nicht auch auf die Aktiengesellschaften beziehen [13]), denn bei den letzteren können die Aktien nach Maßgabe der Statuten sowohl auf Namen als auf den Inhaber lauten (Art. 222, 223). Nach den in Frankreich gemachten Erfahrungen nahm man Anstand, den Kommanditgesellschaften die Ausgabe von Inhaberaktien zu gestatten und erblickte in dem Zwange zur Ausstellung von Namenaktien ein weiteres Mittel, die Errichtung unsolider Gesellschaften zu verhindern, bei welchen es den Gründern lediglich darum zu thun ist, sich der Aktien rasch wieder zu entledigen.

In den Motiven zum preußischen Entwurfe (S. 82) war das Verbot der Inhaberaktien bei den Aktienkommanditen auch auf den Wegfall der staatlichen Genehmigung dieser Gesellschaften gestützt. Das Verbot wurde jedoch auch dann noch beibehalten, nachdem man sich für das Prinzip der staatlichen Genehmigung (Art. 174) entschieden hatte [14]).

---

theil an dem gesammten Eigenthum, dem Gewinne und Verluste der Gesellschaft. Diese Aktie ist untheilbar und kann ohne Genehmigung der Gesellschafter durch Indossament übertragen werden. Die Gesellschaft ist zur Prüfung der Legitimation eines ferneren Inhabers berechtigt aber nicht verpflichtet.

Halle, den 15. Dezember 1867.

Der Vorsitzende des Aufsichtsrathes. Die persönlich haftenden Gesellschafter.

N. N. N. N. N. N.

Eingetragen in das Aktienbuch Fol. . . . . . .

N. N.

Auf der Rückseite der Aktien befinden sich gedruckte Formulare für die Indossamente (s. Art. 182). Den Aktien werden Dividendenscheine und ein Talon beigegeben, gegen Rückgabe des letzteren erhält der Inhaber eine neue Serie Dividendenscheine, wenn die vorhergehende erschöpft ist. In den Dividendenscheinen sowie im Talon wird der Name des Aktionärs in der Regel nicht wiederholt, sie lauten vielmehr auf den Inhaber oder sie sind nur mit der Nummer der Aktie versehen, zu welcher sie gehören. Hierin liegt kein Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 173 Abs. 2 des HGB.'s, denn diese Urkunden sind nur accessorischer Natur, sie gehören zu den Aktien und es ist nur erforderlich, daß die letzteren auf Namen lauten. Auch würde die Gesellschaft berechtigt sein, bei Präsentation dieser Papiere den Nachweis der Legitimation des Präsentanten zu fordern (Art. 183 Abs. 3), und hieraus ergibt sich, daß dieselbe keine echten Inhaberpapiere sind. (S. auch Koch zum a. preuß. Landr. I, 15, §. 47.)

[13]) Vgl. oben S. 400.

[14]) Die Motive führen ferner noch an, daß nach dem preußischen Gesetze vom

Der Name, auf welchen die Aktien und Aktienantheile zu lauten haben, kann sowohl ein bürgerlicher Name als eine Firma sein, und zwar im ersteren Falle sowohl ein Familienname als der Name einer juristischen Person [15]), im letzteren Falle sowohl eine Einzelfirma als eine Gesellschafts- oder Genossenschaftsfirma. Denn sämmtliche Handelsgesellschaften, sowie auch die eingetragenen Genossenschaften [16]) können als solche unter ihrer Firma Rechte erwerben (Art. 111, 164, 223) und somit auch Aktionäre und überhaupt Mitglieder einer anderen Handelsgesellschaft werden [17]).

Der Einzelkaufmann hat die Wahl, ob er sich unter seinem bürgerlichen Namen oder unter seiner Firma als Aktionär betheiligen will. Die Gründe, aus denen die Betheiligung mit der Firma vorgezogen wird, können sowohl auf Seiten des Aktionärs als der Gesellschaft liegen, denn für die letztere kann unter Umständen die Betheiligung des Aktionärs mit seiner angesehenen Handelsfirma von besonderem Werthe sein [18]). Bei den Handelsgesellschaften aller Art, offenen Gesellschaften, Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, sowie bei den eingetragenen Genossenschaften ist die Eintragung der Namenaktien auf die Gesellschaftsfirma das geeignetste Mittel, um die Betheiligung der Gesellschaft als solcher und das gesellschaftliche Eigenthum an der Aktie zum Ausdrucke zu bringen.

Nicht zulässig ist die Ausstellung der Aktien auf fingirte Namen,

---

17. Juni 1833 Inhaberpapiere mit einer Zahlungsverpflichtung nur mit landesherrlicher Genehmigung ausgestellt werden dürfen. Allein es besteht ein Unterschied zwischen Inhaberaktien und solchen Inhaberpapieren, die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lauten, worüber die Anmerkung 20 zu vergleichen ist. Erwägt man, daß durch die Indossirung mittelst Blanco-Giro's (Art. 182) die Namenaktien denselben Grad von Zirkulationsfähigkeit erlangen können wie die Inhaberaktien, so erscheint das gesetzliche Verbot der letzteren für die Kommanditgesellschaften nicht erheblich. Wichtig ist nur, daß die Vorschrift über die Haft des ersten Zeichners (Art. 184) beibehalten wird. Es verdient deshalb auch vollständige Billigung, daß das mehrfach erwähnte k. sächsische Gesetz v. 15. Juni 1868 §. 55 den Aktienkommanditgesellschaften die Ausgabe von Inhaberaktien unter der Bedingung freigegeben hat, daß sie im Uebrigen die gesetzlichen Normativbestimmungen einhalten.

[15]) Vgl. oben S. 237 §. VI.

[16]) Genossenschafts-Gesetz f. d. Nordd. Bund §. 11 und oben S. 59 §. 29.

[17]) Vgl. hierüber die Erläuterungen zu Art. 150 Abs. 2, S. 344 und 345.

[18]) Die Eintragung von Aktien auf Einzelfirmen im Aktienbuche (Art. 183) ist nicht zu verwechseln mit den Eintragungen im Hypothekenbuche. Vgl. hierüber oben S. 237 §. VI.

nicht allein deshalb, weil dadurch das Verbot der Ausstellung auf den Inhaber umgangen werden würde, sondern auch aus allgemeinen Rechtsgründen, denn solche Aktien sind weder Namenaktien noch Inhaberaktien und beruhen in ihrer Form auf Täuschung [19].

Die Bestimmung findet keine Anwendung auf diejenigen Inhaberaktien, welche von einer Kommanditgesellschaft auf Aktien bereits vor Publikation des allg. d. HGB. mit oder ohne Staatsgenehmigung ausgegeben worden sind, insoferne nicht auch schon vor diesem Zeitpunkte die Ausstellung von Aktien auf jeden Inhaber partikularrechtlich von der staatlichen Genehmigung abhängig war [20].

VI. Minimalbetrag der Aktien.

Durch die Vorschrift, daß die Aktien auf keinen geringeren Betrag als 200 Vereinsthaler lauten dürfen, soll die Zerlegung des Gesellschaftskapitales in zu kleine Theile verhindert werden. Durch eine solche Zerlegung würden die Aktien gewissermaßen in eine Art Papiergeld verwandelt und hauptsächlich Unbemittelte zur Betheiligung an gewagten Unternehmungen angelockt werden können [21].

Auch diese Bestimmung hat jedoch keine rückwirkende Kraft. Sind also von einer Kommanditgesellschaft bereits vor der Publikation des allg. d. HGB's. Aktien ausgegeben worden, welche auf einen geringeren Betrag als 200 Vereinsthaler lauten, so behalten dieselben ihre Gültigkeit. Dies bezieht sich jedoch nur auf die bereits wirklich ausgegebenen Papiere, nicht auch darauf, daß von der etwa vorhandenen statutarischen Bestimmung, welche unter dem Schutze des früheren Rechtes einen niedereren

---

[19]) Renaud S. 86. Ueber die Gestattung fingirter Namen bei den Aktien der österreich. Nationalbank nach dem älteren Reglement vom Jahre 1817 s. Auerbach, Gesellschaftswesen S. 314 Anm. 2.

[20]) Gemeinrechtlich war die Ausstellung von Inhaberaktien nicht von der staatlichen Genehmigung abhängig. Ueber die partikularrechtlichen Beschränkungen s. Unger, Inhaberpapiere §. 25 und Anschütz im Jahrb. des gem. deutschen Rechtes v. Bekker und Muther Bd. I S. 338. In Preußen ist die Bestimmung des Ges. v. 17. Juni 1833, daß Papiere, welche ein Zahlungsversprechen enthalten, nur mit staatlicher Genehmigung auf jeden Inhaber gestellt werden können, nicht auf Aktien und Antheilscheine bezogen worden und es zirkuliren deshalb auch gegenwärtig noch Aktien und Antheilscheine auf jeden Inhaber, welche bereits vor dem allg. d. HGB. von Kommanditgesellschaften ohne staatliche Genehmigung ausgegeben worden sind, so namentlich die Aktien der Berliner Handelsgesellschaft (gegründet 1856), s. Saling, Börsenpapiere S. 277.

[21]) Ein Beispiel von Aktien zu Einem Frank s. oben S. 392 Anm. 2.

Betrag für die Aktien gestattet hat, auch noch unter der Herrschaft des allg. d. HGB's. bei neuen Aktienemissionen Gebrauch gemacht werden könnte. Denn nur dann, wenn von einer solchen Bestimmung durch die Aushändigung der Aktiendokumente an die Aktionäre Gebrauch gemacht worden ist, liegen wohlerworbene Rechte vor, welche zu schützen sind.

Die Vorschrift bezieht sich auch auf die Aktienantheile. Eine Aktie von 1000 Thaler Nominalbetrag kann in fünf Antheile zu 200 Thalern zerlegt werden, aber eine Aktie von 200 Thalern oder ein Aktienantheil zu 200 Rthlrn. ist einer weiteren Zerlegung nicht mehr fähig.

Das Gesetzbuch beschäftigt sich nur mit dem Minimalbetrage der Aktien, nicht auch mit dem Maximalbetrage. Nur der erstere hat für den Gesetzgeber ein Interesse vom rechtspolizeilichen Standpunkte aus, dagegen gibt es keine gesetzliche Vorschrift über den Betrag, welchen die Aktien oder Aktienantheile nicht überschreiten dürften, weder für die Aktienkommandite noch für die Aktiengesellschaft, die Gesellschaften haben vielmehr nach dieser Richtung völlige Freiheit[22]).

Ebensowenig ist vorgeschrieben, daß die Aktien oder Aktienantheile sämmtlich auf einen gleichen Betrag lauten müssen. Ueblich ist es allerdings, daß die Aktien sämmtlich von gleicher Höhe sind und nur ausnahmsweise kommt es vor, namentlich in Folge einer Erhöhung des ursprünglichen Kapitals durch eine neue Aktienemission, daß die Aktien einer und derselben Gesellschaft auf verschiedene Beträge lauten. Allein ein gesetzlicher Zwang besteht auch in dieser Hinsicht nicht. Die Gesellschaft allein hat zu erwägen, ob sie die Gleichheit oder die Ungleichheit der Aktien für zweckmäßig findet[23]).

---

[22]) Es liegt in der Natur der Sache, daß Gesellschaften, deren Aktien auf einen sehr hohen Betrag lauten, dem großen Publikum weniger zugänglich sind, und daß sich die Betheiligung an denselben mehr auf die wohlhabenden und geschäftskundigen Klassen beschränken wird. So lauten z. B. bei der Aktiengesellschaft Zuckerfabrik Heilbronn, die zuerst emittirten 100 Aktien auf je 5000 Gulden, Renaud S. 68.

[23]) Die Motive zum preuß. Entwurf (S. 82) heben dies ausdrücklich als eine Abweichung vom Code de comm. Art. 34 hervor, so daß die gegentheilige Ansicht (Auerbach, Gesellschaftswesen S. 212) im allg. d. HGB. keine Stütze findet. Beispiele von Aktiengesellschaften, welche Aktien von verschiedenen Beträgen emittirt haben s. bei Renaud S. 68 (Zuckerfabrik Heilbronn, Aktien zu 5000 fl. und zu 1000 fl.). Auch einzelne Aktienkommanditgesellschaften haben hiervon Gebrauch gemacht. So ist das Kapital der Posener Real-Kredit-Bank A. Nitykowski u. Komp. in der Weise erhöht worden, daß den bisherigen Aktien noch hinzugetreten sind: 60 Stück zu 200 Rthlr., 14 Stück zu 600 Rthlr., 47 Stück zu 1000 Rthlr.; diese Erhöhung

Den Landesgesetzen ist die Befugniß vorbehalten worden, die Ausstellung der Aktien auf einen geringeren Betrag zu gestatten. Von dieser Befugniß hat jedoch bis jetzt nur die k. sächsische Gesetzgebung Gebrauch gemacht und zwar durch eine allgemeine Bestimmung, welche auf Aktiengesellschaften wie auf Aktienkommanditgesellschaften gleichmäßig anwendbar ist[24]). Nach den gemachten Erfahrungen empfiehlt sich eine allgemeine Herabsetzung des Minimalbetrages der Aktien wenigstens für den Fall, wenn eine wirthschaftliche Genossenschaft (Vorschußverein, Magazinverein, Produktivgenossenschaft, Consumverein u. s. w.), nachdem die Geschäftsantheile der Mitglieder allmählich eine gewisse Höhe erreicht haben, die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien annehmen will. Für eine solche Umwandlung ist die Bestimmung, daß die Aktien auf mindestens 200 Thaler lauten müssen, oft ein unübersteigliches Hinderniß[25]).

VII. Nichtigkeit gesetzwidriger Aktien.

Die Ungültigkeit der Aktien oder Aktienantheile, welche den Vorschriften des Abs. 2 des Artikels widersprechen, äußert ihre Wirkung nach beiden Seiten, sowohl für die Gesellschaft, welche die Aktien ausgegeben hat, als für den Besitzer. Der Besitzer einer solchen Aktie ist nicht Aktionär und hat weder ein Anrecht auf Dividende und auf Theilnahme am Gewinne, noch Stimmrecht in der Generalversammlung. Andererseits kann derselbe auch nicht zu den statutenmäßigen Leistungen der Aktionäre und demnach auch nicht zu weiteren Einzahlungen angehalten werden, wenn solche noch rückständig sind.

Rücksichtlich der schon geleisteten Einzahlungen ist zu unterscheiden, ob sich die Aktie noch in den Händen des ersten Erwerbers befindet, oder ob dieser sie bereits veräußert hat. Im ersten Falle hat derselbe einen Anspruch auf Rückzahlung der ganzen Einzahlung oder anderweitigen Einlage, im zweiten Falle dagegen geht sein Anspruch nur auf Erstattung

---

wurde in das Handelsregister eingetragen und auch bekannt gemacht. (Bekanntmachung des Kreisgerichtes zu Posen v. 28. Jan. 1868.)

[24]) K. sächs. Gesetz, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868 §. 41: „Eine Aktie oder ein Aktienantheil darf a) wenn das Gesellschaftskapital die Summe von 100,000 Rthlr. erreicht, auf keinen geringeren Betrag als 100 Rthlr., b) wenn das Gesellschaftskapital 25,000 Rthlr. erreicht, auf keinen geringeren Betrag als 25 Rthlr., bei kleinerem Gesellschaftskapitale auf keinen geringeren Betrag als 10 Rthlr. lauten." S. auch §. 55 dieses Gesetzes, welcher die Bestimmungen des §. 41 ausdrücklich auf handeltreibende Aktiengesellschaften und Aktienkommanditen ausdehnt und dieselben dabei zugleich von der staatlichen Genehmigung befreit.

[25]) Vgl. hierüber S. 25 und S. 26 dieses Bandes.

desjenigen Betrages der Einlage, welcher nach Abzug des für die veräusserte Aktie von ihm Empfangenen noch übrig bleibt, denn um so viel verringert sich sein Schaden[26]). In dieser Weise hat auch jeder spätere Erwerber eine Schadensersatzklage gegen die Ausgeber der Aktie; die solidarische Haft der letzteren besteht nach dem absichtlich gewählten Wortlaute des Artikels nicht blos dem ersten Erwerber, sondern sämmtlichen successiven Besitzern gegenüber[27]), unbeschadet des Regresses, welcher jedem Erwerber der Aktie gegen seinen Vormann zusteht.

Zu Abs. 4.

VIII. Promessen (Art. 222 Ziff. 1) sind Bescheinigungen über gezeichnete Aktien, auf welche die Einzahlung noch zu leisten ist. Sie begründen für den Inhaber einen Anspruch auf Aushändigung der in der Promesse angegebenen Zahl von Aktien gegen Einzahlung des Kapitalbetrages, daher auch der Name Berechtigungsschein. Weniger korrekt ist die Bezeichnung Betheiligungsschein, weil dieselbe vielmehr auf die Aktienzeichnung bezogen werden muß, durch welche sich Jemand an der Gesellschaft betheiligen will, während er erst noch abwarten muß, ob er, etwa wegen Ueberzeichnung des festgesetzten Kapitales, überhaupt einen Anspruch erwirbt.

Interimsscheine sind Quittungen über Einzahlungen, welche auf die gezeichneten Aktien geleistet sind, sie heißen deshalb auch Quittungsbogen oder Interimsquittungen. Die Promessen werden zu Interimsscheinen, sobald eine Einzahlung erfolgt ist. Ist die letzte Rate (Partialzahlung) des Aktienbetrages eingezahlt, so werden die Promessen und Interimsscheine gegen die definitiven Aktien (Voll- oder Original-Aktien) umgetauscht[28]).

Die Ausdrücke Interimsschein und Promesse werden häufig auch als identisch gebraucht, so im Art. 223 Ziff. 1 des HGB's. Alsdann hat man Promessen mit und ohne geleistete Einzahlung zu unterscheiden.

Promessen und Interimsscheine vertreten in der Zwischenzeit die Stelle der Aktien, soweit es sich um Rechte und Pflichten handelt, welche bereits vor erfolgter Volleinzahlung bestehen, obgleich der Art. 182 nur von der Uebertragbarkeit der Aktien und Aktienantheile an andere Personen spricht. Ist die Gesellschaft bereits konstituirt, so erfolgt die Aus-

---

[26]) v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. V S. 110 gegen v. Hahn zu Art. 173.

[27]) Prot. S. 1116, 1117.

[28]) In der Börsensprache spricht man dann von dem Erscheinungstage der definitiven Stücke.

stellung dieser Bescheinigungen in denselben Formen wie diejenige der Aktien. Ist die Gesellschaft noch nicht konstituirt, so geschieht die Ausstellung durch die Projektanten und Gründer des Unternehmens.

Nothwendig erforderlich ist übrigens die Ausstellung solcher interimistischer Urkunden keineswegs, weder für die Aktienkommandite noch für die Aktiengesellschaft. Denn wenn die Aktien auf Namen lauten, was bei der Aktienkommanditgesellschaft zufolge des Abs. 2 des Artikels immer der Fall ist, so können statt der Interimsquittungen sogleich bei der ersten Einzahlung die Original-Aktien ausgehändigt werden, nur müssen dieselben dann mit einem Vermerke über den Vorbehalt der weiteren Einzahlungen versehen sein. Ist dies geschehen, so kann über die nachfolgenden Ratenzahlungen auf den Aktien selbst quittirt werden. Der Art. 222 Ziff. 1 des HGB's. verbietet dies nur für den Fall, daß die Aktien auf jeden Inhaber lauten, und bei der scharfen Unterscheidung zwischen Inhaber- und Namenaktien, welche den Bestimmungen des HGB's. zu Grunde liegt, muß aus dieser Einschränkung gefolgert werden, daß das Verbot keine Anwendung auf die Namenaktien findet. Wird von der sofortigen Aushändigung der Originalaktien Gebrauch gemacht, so wird dadurch später der Austausch der provisorischen Bescheinigungen gegen die definitiven Stücke vermieden, indem bei der letzten Ratenzahlung die nun volleinbezahlten Aktien vielleicht blos noch mit einem besonderen Stempel versehen werden, welcher die Papiere sofort als volleinbezahlte erkennen läßt. Indeß ist dieses Verfahren doch nur ausnahmsweise üblich[29]); die meisten Gesellschaften ziehen es der größeren Sicherheit wegen vor, Interimsscheine und Aktien auseinander zu halten und die letzteren erst nach erfolgter voller Einzahlung auszuhändigen.

Mit der Ausstellung von Aktien-Promessen oder von Berechtigungsscheinen **vor** jeder Einzahlung verhält es sich dagegen umgekehrt, sie bildet die Ausnahme, nicht die Regel, auch ist die Ausstellung solcher Dokumente an sich überflüssig, da die Benachrichtigung über das Resultat der Zeichnung und die Anerkennung des Aktienzeichners als Aktionär auch durch einfache Mittheilung oder durch Anzeige in öffentlichen Blättern erfolgen kann. Werden gleichwohl Promessenscheine ausgestellt, so geschieht es in der Absicht, die Uebertragung der aus der Aktienzeichnung erworbenen Rechte zu erleichtern.

Ueber die Uebertragung der Promessen und Interimsscheine s. die Erläuterungen zu Art. 182 Abs. 2 und 3.

---

[29]) Z. B. bei Versicherungsgesellschaften, bei welchen vorläufig nur die Einzahlung eines Theiles des Aktienkapitales erfordert wird.

Art. 174.

Kommanditgesellschaften auf Aktien können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

Pr. Entw. Art. 157. — I. Entw. Art. 162. — II. Entw. Art. 164. – Prot. S. 316, 375 f., 379, 1114—1117.

Zu Abs. 1.

I. Ueber die Entstehung der Vorschrift über die staatliche Genehmigung s. die Einleitung zu diesem Abschnitte §. 5 und 6. Gegen das System der staatlichen Genehmigung der Aktienkommanditgesellschaften sprechen zunächst alle diejenigen Gründe, welche auch gegen das Konzessionswesen bei den Aktiengesellschaften sprechen und welche hauptsächlich darin bestehen, daß die Staatsregierung nur ausnahmsweise im Stande ist, die Vertrauenswürdigkeit und das künftige Gedeihen eines kommerziellen Unternehmens durch Beamte prüfen und feststellen zu lassen [1]). Bei den Kommanditgesellschaften auf Aktien tritt aber noch der entscheidende Grund hinzu, daß bei der staatlichen Konzessionirung derselben nothwendig auch eine staatliche Prüfung der Vermögensverhältnisse, der Kreditwürdigkeit und der sonstigen Eigenschaften der persönlich haftenden Gesellschafter vorhergehen muß, welcher die Staatsregierung ebenfalls nicht gewachsen ist und bei welcher dieselbe dem Publikum gegenüber eine zu große Verantwortlichkeit übernimmt. Soweit bei der Frage der Zulassung von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nicht solche staatspolizeiliche Gesichtspunkte in Betracht kommen, welche sich auf die spezielle Art des gesellschaftlichen Unternehmens beziehen, wie dies namentlich bei Eisenbahnen der Fall ist, soweit es sich also nur um die Zulässigkeit jener Gesellschaftsformen handelt, ist der Staat sowohl berechtigt als verpflichtet, gesetzliche Normativbestimmungen über beide Arten von Gesellschaften aufzustellen, dagegen führt es nur zu einer Verdunkelung des Verhältnisses, wenn neben solchen Normativbestimmungen auch noch das System der staatlichen Genehmigung der Gesellschaften fortbesteht.

---

[1]) Auerbach, Gesellschaftswesen §. 73.

II. Von der nach Art. 206 des HGB's. den Landesgesetzen vorbehaltenen Befugniß, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktienkommanditgesellschaften nicht bedarf, haben bis jetzt folgende Staaten, und zwar in den Einführungsgesetzen zum HGB. Gebrauch gemacht: Preußen Art. 10[2]), Oldenburg Art. 20, Anhalt-Dessau §. 22, Waldeck §. 7, Hamburg §. 25, Lübeck Art. 14, Bremen §. 22; hinzugekommen ist das K. Sachsen[3]). In Baden (Art. 32) ist die Staatsgenehmigung nur für solche Aktienkommanditgesellschaften beibehalten worden, welche Bank- und Kreditgeschäfte oder Versicherungsgeschäfte treiben, ebenso in Würtemberg (Art. 35), wo noch die Eisenbahngesellschaften hinzugefügt worden sind.

In den übrigen deutschen Staaten ist es bei der Bestimmung des Art. 174 über die staatliche Genehmigung verblieben. Die Frage, wer diese Genehmigung zu ertheilen habe, ob der Landesherr oder eine Staatsbehörde, ist nach den Landesgesetzen zu entscheiden[4]).

Zu Abs. 2. — Gerichtliche oder notarielle Urkunde.

III. Der Art. enthält eine Ausnahme von der Regel, daß bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist (Art. 317) und er enthält zugleich eine Abweichung von der Bestimmung des Art. 150 Abs. 3 über die Errichtung der einfachen Kommanditgesellschaft. Einfache Kommanditgesellschaften können mündlich und stillschweigend errichtet werden, zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien dagegen ist eine öffentliche Urkunde erforderlich, eine Privaturkunde genügt nicht. Diese Vorschrift bezweckt, daß die einzelnen Bedingungen des Vertrages in sicherer Weise abgefaßt werden, zugleich erblickt man in der öffentlichen Urkunde eine Garantie dafür, daß der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Bestimmungen gemäß abgefaßt wird. Die Vorschrift muß eingehalten werden

---

[2]) Die Bestimmungen der Art. 10 und 11 des preuß. Einf.-Ges. gelten jetzt im ganzen Umfange des preußischen Staates. K. Verordnung v. 24. Aug. 1867 (Preuß. Gesetzsamml. 1867 S. 1645).

[3]) Im K. Sachsen ist die Beseitigung der staatlichen Genehmigung erst durch das k. sächs. Genossenschaftsgesetz v. 15. Juni 1868 §. 55 erfolgt und zwar sowohl für Aktienkommanditgesellschaften als für Aktiengesellschaften. Vgl. oben zu Art. 173 Anm. 24. Das sächs. Einführungsgesetz zum HGB. (§. 13) hatte die staatliche Genehmigung noch beibehalten.

[4]) In Bayern ist unter der staatlichen Genehmigung der Aktienkommanditgesellschaften wie der Aktiengesellschaften die königliche Genehmigung zu verstehen. Bayer. Einführungsges. Art. 39 und Lutz, Kommentar zu diesem Artikel.

ohne Rücksicht darauf, ob nach den Landesgesetzen die staatliche Genehmigung erforderlich ist oder nicht, die Bestimmung gehört zu denjenigen, ohne deren Erfüllung das HGB. eine Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht anerkennt [5]).

IV. Der Art. unterscheidet zwischen der Errichtung des Gesellschaftsvertrages und der Aktienzeichnung. Die gesetzliche Vorschrift über die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde beschränkt sich auf die Errichtung und den Inhalt des Vertrages selbst, also, mit anderen Worten, auf die Statuten der Gesellschaft; die Aktienzeichnung dagegen muß zwar auch schriftlich erfolgen, aber es genügt Privaturkunde, also auch die Ausfüllung des Formulares eines Betheiligungsscheines. Auch die persönlich haftenden Gesellschafter können Aktien der Gesellschaft zeichnen, sie sind dann in doppelter Eigenschaft betheiligt [6]).

Hinsichtlich der Reduktion der gezeichneten Aktienbeträge, im Falle die Zeichnungen das geforderte Kapital übersteigen, gelten dieselben Grundsätze wie bei der Aktiengesellschaft.

V. Die Unterscheidung zwischen Aktienzeichnung und Errichtung des Gesellschaftsvertrages ist hier wie im Art. 208 aus dem preußischen Entwurfe herübergenommen, wo jedoch die Fassung des Art. anders lautete. Wegen der über die Auslegung des Art. bestehenden Meinungsverschiedenheit ist es erforderlich, auf die Entstehungsgeschichte desselben näher einzugehen.

---

[5]) Die Meinung von Koch zu Art. 174 Anm. 32, daß die Vorschrift über die Errichtung in öffentlicher Urkunde die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung voraussetze, und daß sie mithin für Preußen (und folgeweise für alle auf S. 415 §. II genannten Staaten) keine Bedeutung habe, steht völlig vereinzelt da. Durch das Herausgreifen einzelner Aeußerungen von Konferenzmitgliedern wird hier so wenig eine entscheidende Auslegung gewonnen wie anderwärts. Die Meinung Koch's ist gerade vom Standpunkte des preußischen Rechtes ganz unhaltbar. Denn daß die Bestimmung über die Errichtung in notarieller Urkunde in keinem Zusammenhange mit der staatlichen Genehmigung steht, geht am klarsten daraus hervor, daß jene Bestimmung schon im preuß. Entwurfe enthalten war, welcher von der staatlichen Genehmigung der Kommanditgesellschaften ganz absah. Es verhält sich also gerade umgekehrt: da, wo die staatliche Genehmigung weggefallen ist, liegt in der Bestimmung des Artikels über die Form der Errichtung ein Ersatz für diesen Wegfall. Die Motive zum preuß. Entwurfe (S. 83) lassen hierüber keinen Zweifel. Vgl. auch die preuß. Instruktion über die Führung des Handelsregisters §. 63 und Lesse in Busch' Archiv Bd. III S. 185 sowie v. Kräwel das. Bd. V S. 110.

[6]) S. die Erläuterungen zu Art. 181. Ueber bedingte Zeichnungen s. zu Art. 178.

Der Art. 157 des preuß. Entwurfes lautete dahin:

Der Gesellschaftsvertrag muß von den Gründern der Gesellschaft vor einem Notar abgeschlossen werden.

Die übrigen Gesellschafter können ihre Beitrittserklärung zum Vertrage durch eine schriftliche Urkunde abgeben[7].

In der ersten Lesung wurde jedoch der Abs. 2 des Art. gestrichen und der erste Absatz lediglich in der Fassung angenommen:

Der Gesellschaftsvertrag muß vor einem Notar oder vor Gericht abgeschlossen werden. (I. Entw. Art. 162)[8].

Dieselbe Fassung erhielt auch der jetzige Art. 208 über die Form der Errichtung einer Aktiengesellschaft. (Preuß. Entw. Art. 181, I. Entw. Art. 186[9]).

Bei der zweiten Lesung kam jedoch der Referent auf die vorgenommenen Aenderungen zurück und zwar zunächst rücksichtlich des jetzigen Art. 208 über die Errichtung der Aktiengesellschaft (Prot. S. 1034 f.). Es wurde hervorgehoben, daß die in der ersten Lesung angenommene Fassung des Art. zu der Ansicht Veranlassung gebe, daß auch jeder Aktionär den Beitrittsakt, der für ihn den Abschluß des Gesellschaftsvertrages enthalte, notariell oder gerichtlich vornehmen müsse. Dies pflege aber nicht zu geschehen, auch entspreche eine solche Bestimmung nicht der Auffassung der Konferenz. Man könne füglich nicht ausschließen, daß die Aktionäre durch einfache schriftliche Zeichnung Mitglieder der Aktiengesellschaft würden, daß sie also durch eine solche Zeichnung den Gesellschaftsvertrag abschlössen. Gewöhnlich werde die notarielle oder gerichtliche Errichtung des Gesellschaftsvertrages (Statuts) nur von einigen Personen vorgenommen, die man die Gründer der Gesellschaft nenne, wenn sich auch nicht verkennen lasse, daß diese Bezeichnung mehr faktische als juristische Bedeutung habe. Es erscheine deshalb angemessen, auf eine dem preußischen Entwurfe entsprechende Fassung zurück zu kommen. Denn einmal könne die Vorschrift nicht entbehrt werden, daß über das Statut der Gesellschaft wenigstens von einigen Personen eine notarielle oder gerichtliche Urkunde errichtet werde, weil sonst kein Dritter, sei er Aktionär oder Gläubiger der Gesellschaft, sicher sein könne, daß an den Bestimmungen, auf deren Grund er sich zur Zeichnung oder Kreditirung veranlaßt gesehen, nicht nachträglich etwas geändert sei. Sodann aber könne auch davon, daß der Beitritt der Aktionäre zur Gesellschaft schriftlich erfolgen müsse, nicht Um-

---

7) Vergl. die Motive zum preuß. Entw. S. 83.

8) Prot. S. 379, 316 bis 318.

9) S. die vorige Anm.

gang genommen werden. Bei der Debatte machten sich nun die verschiedensten Ansichten geltend, welche zum Theile dadurch veranlaßt wurden, daß in den verschiedenen Ländern bei Errichtung von Aktiengesellschaften verschieden bisher verfahren wurde. Unter mehreren Vorschlägen wurde schließlich folgende Bestimmung angenommen:

> Ueber die Konstituirung der Gesellschaft und die Errichtung des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Verhandlung aufgenommen werden; die Zeichnung von Aktien muß schriftlich erfolgen (Prot. S. 1037).

Mit dem Ausdrucke „Verhandlung" sollte nach der Erklärung des Antragstellers eine gerichtliche oder notarielle Urkunde, wie z. B. ein Protokoll, gemeint sein, ohne daß es der Unterschrift aller Betheiligten bedürfe.

Erst nachdem dieser Antrag rücksichtlich der Aktiengesellschaften angenommen war (HGB. Art. 208), wurde beschlossen, auch den Artikel über die Errichtung der Aktienkommanditgesellschaft in Uebereinstimmung mit dieser Bestimmung zu fassen (Prot. S. 1117). Auf diese Weise sind die Art. 174 und 208 des HGB's. in ihrer gegenwärtigen Gestalt entstanden, wobei die Abweichung des Wortlautes beider Artikel von demjenigen des eben erwähnten Antrages lediglich durch die Redaktionskommission veranlaßt zu sein scheint[10]).

Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen im Art. 174 Abs. 2 geht demnach zunächst soviel mit völliger Sicherheit hervor, daß die Errichtung des Gesellschaftsvertrages bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien in derselben Weise und in denselben Formen erfolgen soll wie bei der Aktiengesellschaft, die Uebereinstimmung der Bestimmungen über die Errichtung der letzteren in Art. 208 Abs. 2 und 3 mit den Bestimmungen im Art. 174 Abs. 2 ist nicht eine zufällige, sondern eine absichtlich gewollte. Zugleich aber ergibt sich weiter, daß der gerichtliche oder notarielle Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft auf Aktien allerdings von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern als Gründern

---

[10]) Beide Artikel lauten schon im Entwurfe II. Lesung (164 Abs. 2 und 194 Abs. 2 u. 3) so wie jetzt. Zur dritten Lesung hatte zwar K. Sachsen die Erinnerung gemacht, daß nur über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages eine öffentliche Urkunde aufgenommen werden könne, nicht auch über die Errichtung, weil diese durch die Aktienzeichnung selbst erfolge. Vgl. Zusammenstellung S. 33 Nr. 194. Diese Erinnerung gehört aber zu denjenigen, welche ausgeschieden worden sind und nicht zur Berathung gelangten. (Zusammenstell. S. 93.)

errichtet werden muß, weil die Angabe der Namen dieser Gesellschafter und die bindende Erklärung derselben zu den wesentlichen Erfordernissen des Vertrages gehört (Art. 175 Ziff. 1), daß dagegen die Zuziehung sämmtlicher Kommanditisten dabei nicht erforderlich ist, so wenig wie die Zuziehung sämmtlicher Aktionäre bei Errichtung des notariellen Statuts einer Aktiengesellschaft.

Denn nicht darin besteht der Zweck der notariellen oder gerichtlichen Form des Vertrages, daß die Persönlichkeiten sämmtlicher Kommanditisten oder Aktionäre, nachdem sich dieselben bereits durch Zeichnung von Aktien betheiligt haben, nun auch sämmtlich noch einmal in öffentlicher Urkunde sich zum Vertrage bekennen und in authentischer Form hervortreten sollen, sondern nur das soll durch jene Vorschrift erreicht werden, daß die Verfassung der Gesellschaft und die Bestimmungen, auf Grund deren die Aktien gezeichnet werden sollen oder bereits gezeichnet sind, in authentischer Weise festgestellt werden. Das Gesetzbuch unterscheidet deshalb die Errichtung des Gesellschaftsvertrages von dem Beitritte zu demselben [11]). Diese Unterscheidung liegt nicht blos den Artikeln 174 und 208, sondern auch speziell noch dem Art. 177 Ziff. 1 zu Grunde. Der Beitritt geschieht durch die Aktienzeichnung, durch die Aktienzeichnung wird man Mitglied der Gesellschaft.

Geht man dagegen von der Ansicht aus, daß sämmtliche Aktionäre auch bei der Errichtung des notariellen Gesellschaftsvertrages (Statuts) mitwirken müssen, so würde die Mitgliedschaft aller derjenigen, welche zwar Aktien gezeichnet, aber den notariellen Vertrag nicht mit errichtet haben, wieder in Zweifel gezogen werden. Dies würde aber wiederum im Widerspruche mit der gesetzlichen Bestimmung stehen, daß zur Aktienzeichnung eine Erklärung in einfacher Privaturkunde genügt.

Aus diesen Gründen kann auch die Eintragung einer Aktienkommanditgesellschaft in das Handelsregister nicht davon abhängig gemacht werden, daß der notarielle oder gerichtliche Gesellschaftsvertrag von sämmtlichen Aktionären (Kommanditisten) abgeschlossen und unterzeichnet sein müsse [12]). Ein solcher Zwang ist hier so wenig berechtigt wie bei der Ak-

---

[11]) Dieselbe Unterscheidung findet auch statt bei den eingetragenen Genossenschaften nach dem Genossenschaftsgesetze f. d. Norddeutschen Bund v. 4. Juli 1868 §. 2, sowie nach dem bayerischen Entwurfe eines Genossenschaftsgesetzes v. 1867 Art. 1.

[12]) Daß einzelne Gerichte den Art. 174 des HGB. in dieser Weise ausgelegt haben, wurde bei der Berathung des preußischen Genossenschaftsgesetzes v. 2. Mai 1867 ausdrücklich konstatirt. Vgl. Parisius zu §. 2 dieses Gesetzes S. 7, Anm. 12.

tiengesellschaft, die Anforderung würde den Gesellschaften die erheblichsten Hindernisse entgegenstellen und die Errichtung derselben in Fällen, wo es sich um eine große über viele Länder zerstreute Zahl von Aktionären handelt, unmöglich machen. Selbstverständlich sind die Aktionäre bei der einen wie bei der anderen Art von Gesellschaften nicht gehindert, den Gesellschaftsvertrag (das Statut) sämmtlich in öffentlicher Urkunde zu vollziehen, es wird dies jedoch nur unter besonderen Verhältnissen vorkommen, beispielsweise weil die Gesellschaft eine mehr lokale Bedeutung oder nur eine kleine Anzahl von Aktionären besitzt, welche sämmtliche Aktien bereits übernommen haben, oder weil die Aktien unübertragbar sein sollen[13]).

---

[13]) Alsdann wird der Eingang des Statutes der Aktienkommanditgesellschaft eine den folgenden Beispielen entsprechende Fassung erhalten müssen. Erstes Beispiel: „Wir errichten hierdurch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien unter der Firma Maschinenfabrik von Thonberg, Gerling und Comp., in welche ich, der Maschinenfabrikant Ad. Thonberg in F., und ich, der Kaufmann L. Gerling in F., als persönlich haftende Gesellschafter, wir übrigen Komparenten aber als Kommanditisten eintreten, und haben zu diesem Zwecke folgende Statuten vereinbart." Zweites Beispiel: „Die Unterzeichneten errichten hierdurch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien unter der Firma Maschinenfabrik von Thonberg, Gerling und Comp., in welche die unterzeichneten Herren: Maschinenfabrikant Ad. Th. in F. und Kaufmann L. G. in F. als persönlich haftende Gesellschafter, alle übrigen aber als Kommanditisten eintreten, und haben zu diesem Zwecke folgende Statuten vereinbart." Hält nun der Richter an der im Texte widerlegten Ansicht fest, so würde er hier immer noch zu prüfen haben, ob wirklich sämmtliche Kommanditisten den Vertrag mit abgeschlossen haben. Dagegen besteht das regelmäßige und auch gesetzlich vollständig ausreichende Verfahren darin, daß nur die persönlich haftenden Gesellschafter und die übrigen Gründer den Gesellschaftsvertrag (das Statut) notariell oder gerichtlich abschließen und daß dann der Beitritt zu demselben Seitens der Kommanditisten und Aktionäre durch die Aktienzeichnung erfolgt. Hierfür gibt es wiederum mehrere Formen, welche sich lediglich durch den Eingang des Vertrages unterscheiden. Sehr verbreitet war früher folgende Form: „Zwischen dem Banquier A., dem Banquier B., dem Fabrikbesitzer C., dem Regierungsrath D. u. s. w. und allen denjenigen, welche sich durch Uebernahme von Aktien betheiligen wollen, wird (vorbehaltlich der landesherrlichen Genehmigung) eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (Aktiengesellschaft) unter nachfolgenden Bestimmungen errichtet." Eine andere Form ist diese: „Die Unterzeichneten sind zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Aktiengesellschaft) zusammengetreten und haben (vorbehaltlich der

Art. 175.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muß enthalten:

1) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
2) die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3) den Gegenstand des Unternehmens;
4) die Zeitdauer des Unternehmens, im Fall dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
5) die Zahl und den Betrag der Aktien oder Aktienantheile;
6) die Bestimmung, daß ein Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse;
7) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Generalversammlung der Kommanditisten geschieht;
8) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Preuß. Entw. Art. 158. — I. Entw. Art. 164. — II. Entw. Art. 164. — Prot. S. 1117, 4540, 4649.

I. Der Art. ist erst in der dritten Lesung hinzugefügt worden[1]).

---

landesherrlichen Genehmigung) das nachfolgende Statut mit der Vereinbarung festgestellt, daß, soweit dasselbe besondere Bestimmungen nicht enthält, die Vorschriften des a. d. HGB. zur Anwendung kommen sollen." In das Statut kann dann noch die Bestimmung aufgenommen werden: „Wer durch Aktienzeichnung der Gesellschaft beitritt, unterwirft sich damit den vom Gründungskomité verlautbarten Bestimmungen dieses Statutes." Die Vorsicht hat dahin geführt, dieser letzteren Bestimmung auch noch folgenden Passus hinzuzufügen: „und erkennt alle von dem Komité als Stellvertreter der Gesellschaft innerhalb der statutenmäßigen Grenzen getroffenen Maßnahmen und eingegangenen Verpflichtungen als für sich verbindlich an". (Vgl. z. B. Statut der Hannover-Altenbekener Eisenbahngesellschaft §. 59, preuß. Gesetzsamml. 1869 Nr. 1.) Eine Sammlung von Gesellschaftsverträgen von Aktiengesellschaften in verschiedenen notariellen Formen gibt Weinhagen, Recht der Aktiengesellschaften, Köln 1866, Anhang.

[1]) Auf den Antrag Sachsens. Prot. S. 4540, 4649 und Zusammenstell. S. 33 Nr. 194.

Nach seinem ursprünglichen Zwecke sollte derselbe namentlich für diejenigen Staaten Bedeutung haben, welche die staatliche Genehmigung der Aktienkommanditgesellschaften nicht fordern würden, speziell für diese Staaten erschien es nothwendig, gewisse Punkte aufzustellen, welche durch den Gesellschaftsvertrag nothwendig geregelt werden müssen. Der Eingang des Art. lautete deshalb nach dem ursprünglichen Antrage auch ganz allgemein dahin: Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten u. s. w.

In der Konferenz wurden jedoch die Worte eingeschaltet: der Gesellschaftsvertrag, dessen staatliche Genehmigung erfolgen soll.

Durch diesen Zusatz ist nun das Verhältniß gerade das umgekehrte geworden, die Bestimmungen des Artikels erscheinen jetzt mehr als gesetzliche Unterlagen und Vorbedingungen für die staatliche Genehmigung, nicht aber als etwas, was die staatliche Genehmigung ersetzen soll. Indeß wird der ursprüngliche Zweck durch die Vorschrift des Art. 206 erreicht, zufolge deren der Richter in denjenigen Fällen, in welchen es einer staatlichen Genehmigung der Aktienkommanditgesellschaft nicht bedarf, die Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister nur dann vornehmen darf, wenn der Vertrag die im Art. 175 verzeichneten Bestimmungen enthält. Diese Bestimmungen sind also nicht bei Strafe der Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages vorgeschrieben[1]), die Gesellschaft kann im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander sehr wohl zu Recht bestehen, auch wenn nicht alle im Art. 175 aufgezählten Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage enthalten sind. Es genügt in dieser Hinsicht, daß der Vertrag die wesentlichen Voraussetzungen einer Aktienkommanditgesellschaft enthält, das Vorhandensein einer solchen kann dann nicht in Zweifel gezogen werden. Die Gesellschaft befindet sich alsdann in einem Zwischenstadium, sie besteht, aber sie kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden, sie besteht nach Innen, aber nicht nach Außen, ihr Verhältniß nach Außen unterliegt den Bestimmungen des Art. 178. Die Bestimmung dieses letzteren Artikels über die solidarische Haft der Handelnden ist ein wirksames Mittel, um die Gesellschafter zur Eintragung des Vertrages und damit zugleich zur Befolgung der Vorschriften des Art. 175 zu veranlassen.

II. Zu Ziff. 1.

1) Der Hinzutritt eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters

---

[1]) Hierauf wurde bei der dritten Lesung noch besonders hingewiesen. Protok. S. 4540.

nach Errichtung der Gesellschaft enthält eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, welche nach Art. 198 zu behandeln ist.

2) Es ist nicht erforderlich, daß der Gesellschaftsvertrag auch die Namen der Kommanditisten (Aktionäre) enthält, hierin liegt eine Abweichung von der einfachen Kommanditgesellschaft und eine Annäherung an die Aktiengesellschaft. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Namen der Kommanditisten im Vertrage angegeben werden können, insoferne die Gesellschafter dies vorziehen. In der Regel wird dies jedoch schon deshalb nicht geschehen, weil die Betheiligung der Kommanditisten bei der Aktienkommanditgesellschaft häufig erst dann erfolgt, nachdem der Gesellschaftsvertrag gerichtlich oder notariell errichtet worden ist[3]). Die Namen der Kommanditisten ergeben sich vielmehr zuerst aus den Betheiligungsscheinen, später aus dem Aktienbuche der Gesellschaft (Art. 183).

3) Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so kommen rücksichtlich derselben zugleich die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft zur Anwendung[4]). In diesem Falle kann die vertragsmäßige Bestimmung getroffen werden, daß die Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft nur einem oder einigen jener Gesellschafter zustehen oder daß diese Befugniß von denselben nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll (Art. 99, 100, 102)[5]). Wenn jedoch eine solche Bestimmung Dritten gegenüber rechtliche Wirkung haben soll, so muß dieselbe in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden (Art. 115 und 86 Ziff. 4). Um aber eingetragen und veröffentlicht zu werden, müssen diese Bestimmungen bei der Aktienkommanditgesellschaft im gerichtlichen oder notariellen Gesellschaftsvertrage enthalten sein, denn der Richter ist nur dasjenige zu veröffentlichen befugt, was sich nach Maßgabe des Art. 176 als Auszug aus dem Gesellschaftsvertrage ergibt und dieser letztere ist eben lediglich der notarielle oder gerichtliche Gesellschaftsvertrag, von welchem die Art. 174 und 175 handeln.

III. Zu Ziff. 2.

Hinsichtlich der Firma der Gesellschaft kommen die Bestimmungen im Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und 24 zur Anwendung[6]).

---

[3]) Vgl. Art. 174 S. 415 f. Auch bei der Aktiengesellschaft können die Namen der Aktionäre aus besonderen Gründen im Statut angegeben sein.

[4]) S. die Erläuterungen zu Art. 150 Abs. 2.

[5]) Ueber die Kollektivprokura bei der Aktienkommanditgesellschaft s. S. 206 bis 211 dieses Bandes.

[6]) Die Frage, ob die Firma einer Aktienkommanditgesellschaft die Bezeichnung Direktion enthalten dürfe, wurde vom Stadtgerichte zu Berlin verneint, vom Kammergerichte daselbst hingegen bejaht. Der Fall betraf die Firma:

IV. Zu Ziff. 3 und 4.

Die vertragsmäßigen Bestimmungen über den Gegenstand und die Zeitdauer des Unternehmens werden vom Handelsgerichte nicht veröffentlicht (Art. 176); anders bei der Aktiengesellschaft, s. Art. 210 Ziff. 3.

Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichtet, so kommt, in Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Kündigung, die im Art. 124 festgesetzte Kündigungsfrist zur Anwendung, wie sich dies aus Art. 123 Ziff. 6 in Verbindung mit Art. 170 Abs. 2 ergibt.

Ist dagegen die Zeitdauer der Gesellschaft bestimmt, so kann nach Ablauf derselben die Gesellschaft nicht stillschweigend fortgesetzt werden, weil sie auch nicht stillschweigend errichtet werden kann. Es kommt hier nicht der Art. 123 Ziff. 5, sondern vielmehr der Art. 242 Ziff. 1 zur Anwendung [7]).

V. Zu Ziff. 5.

Ueber die Eintheilung des Gesellschaftskapitals in Aktien s. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 1 und zu Art. 181.

VI. Zu Ziff. 6.

Durch die Vorschrift, daß der Aufsichtsrath aus mindestens fünf Kommanditisten bestehen soll, ist indirekt ausgesprochen, daß eine Aktienkommanditgesellschaft aus mindestens sechs Mitgliedern bestehen muß, aus einem persönlich haftenden Gesellschafter und fünf Kommanditisten [8]). Man hat durch diese Bestimmung die Errichtung von Aktienkommanditgesellschaften von einer nicht beträchtlichen Mitgliederzahl erheblich erschwert. Denn selbst wenn die Zahl der Kommanditisten mehr als fünf beträgt, so folgt daraus noch nicht, daß sich stets auch fünf unter denselben finden werden, welche in den Aufsichtsrath einzutreten bereit oder befähigt sind. Man ging bei der Fixirung der Fünfzahl von der zweifelhaften Ansicht aus, daß bei kleineren Associationen ein Bedürfniß für diese Gesellschaftsform nicht vorhanden sei [9]).

„Direktion der Preußischen Hypotheken-Kredit- und Bank-Anstalt. Kommanditgesellschaft auf Aktien. Hermann Henkel". Busch' Archiv Bd. X S. 309. Vorausgesetzt, daß die Firma im Uebrigen den gesetzlichen Vorschriften entspricht, steht der Aufnahme jenes Zusatzes in die Firma ein gesetzlicher Grund nicht entgegen.

[7]) S. die Erläuterungen zu Art. 242.

[8]) Aehnlich wie nach dem englischen Genossenschaftsgesetze vom 7. August 1862 eine Genossenschaft aus mindestens sieben Mitgliedern bestehen muß, wenn sie auf die Vortheile jenes Gesetzes Anspruch machen will. Vgl. Parisius, Kommentar zum preuß. Genossenschaftsgesetze §. 2 Anm. 11.

[9]) Protok. S. 1117. Was oben S. 411 über den gesetzlichen Minimalbe-

Im Uebrigen liegt im Institute des verantwortlichen Aufsichtsrathes der Schwerpunkt der Organisation der Aktienkommanditgesellschaft, daher die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag überhaupt eine Bestimmung über die Bestellung desselben enthalten muß.

Zur größeren Sicherheit der Kommanditisten soll die Bestellung des Aufsichtsrathes nicht anders als durch Wahl erfolgen. Hierdurch wird die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die Gründer der Gesellschaft ein für allemal bestimmte Mitglieder des definitiven Aufsichtsrathes im Statute ernennen, oder daß die Mitglieder nach Errichtung der Gesellschaft durch die persönlich haftenden Gesellschafter ernannt werden[10]). Nähere Bestimmungen über die Wahl enthält der Art. 191. Indeß hat das HGB. hier insoferne eine Lücke, als der Richter von Amtswegen nur bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister darüber zu wachen hat, daß ein Aufsichtsrath in der statutenmäßigen Weise gewählt ist (Art. 177). Nach erfolgter Eintragung steht dem Handelsrichter in Bezug auf die Bestellung oder die Ergänzung des Aufsichtsrathes eine Einwirkung von Amtswegen nicht mehr zu. Zur Ergänzung dieser Lücke sind in den meisten Einführungsgesetzen zum HGB. Bestimmungen über die Strafen getroffen, welche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter erkannt werden können, wenn durch ihre Schuld die Gesellschaft länger als drei Monate ohne Aufsichtsrath geblieben ist[11]).

---

trag der Aktien bemerkt worden ist, findet auch auf diese Beschränkung Anwendung.

[10]) Ein sogenannter provisorischer Aufsichtsrath, welcher bis zur Konstituirung der Gesellschaft und bis zur Wahl des definitiven Aufsichtsrathes die Interessen der Aktionäre wahrnehmen soll, kann im Statute allerdings im Voraus bezeichnet sein. Auf derartige provisorische Komités beziehen sich die gesetzlichen Bestimmungen über den Aufsichtsrath nicht.

[11]) Die meisten dieser Einf.-Gesetze setzen eine Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten fest. Preußen Art. 11 (diese Bestimmung gilt im ganzen gegenwärtigen Umfange der Monarchie s. oben S. 415 Anm. 2), K. Sachsen §. 14, Sachsen-Weimar §. 19, Sachsen-Koburg Art. 17, Sachsen-Gotha Art. 19, Sachsen-Meiningen §. 19, Sachsen-Altenburg §. 20, Anhalt-Dessau §. 20, Reuß ä. und j. L. Art. 19, Schwarzburg-Rudolstadt §. 19, Schwarzburg-Sondershausen §. 20, Mecklenburg-Schwerin und Strelitz §. 28, Braunschweig §. 34, Waldeck §. 8, Baden Art. 31. Gefängniß bis zu einem Jahre setzen fest die Einf.-Gesetze v. Würtemberg Art. 36 und Großh. Hessen Art. 14. Dabei ist jedoch zu beachten, daß nach einigen dieser Gesetze die Bestrafung nur durch die Handelsgerichte im Wege des Disziplinarverfahrens erfolgt. In den

Art. 176.

Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde müssen bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden.

Der Auszug muß enthalten:

1) das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;
2) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
3) die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
4) die Zahl und den Betrag der Aktien und Aktienantheile;
5) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Preuß. Entw. Art. 160. — I. Entw. Art. 164. — II. Entw. Art. 165. — Protok. S. 382, 1117, 4656, 4662.

Der Art. unterscheidet zwischen Eintragung und Veröffentlichung. Der Eintragung in das Handelsregister ist der Vertrag in seinem ganzen Umfange unterworfen. Der Grund für diese Abweichung von dem Rechte der offenen Handelsgesellschaft sowie der einfachen Kommanditgesellschaft[1]) liegt hier wie bei der Aktiengesellschaft darin, daß die Aktien der Gesellschaft in der Regel im Publikum zirkuliren und daß ein fortwährender Wechsel der Mitglieder stattfinden kann. Dieser Umstand rechtfertigt die Anordnung, daß die Einsicht des ganzen Gesellschaftsvertrages durch die Eintragung desselben in das Handelsregister jedem leicht zugänglich gemacht werden soll. Die Eintragung so umfangreicher Gesellschaftsverträge, wie sie bei Aktienkommanditen und Aktiengesellschaften in der Regel vorkommen, erfolgt übrigens in der Weise, daß zunächst das Original des gerichtlichen oder notariellen Vertrages bei der Anmeldung beigebracht und sodann eine vollständige und beglaubigte Abschrift (Abdruck) des Vertrages zu den Akten genommen oder einem besonderen Beilagebande des Registers ein-

---

übrigen Einf.-Gesetzen, so auch im bayerischen, fehlt es an einer solchen Strafbestimmung überhaupt.

[1]) Vgl. S. 100 f. dieses Bandes.

verleibt wird. Im Register selbst wird der Vertrag nur im Auszuge eingetragen und dabei auf die Registerakten (Spezialakten) oder auf die Stelle des Beilagebandes verwiesen, wo die vollständige Abschrift oder der Abdruck sich findet[2]). Ebenso wird mit der Genehmigungsurkunde verfahren, wenn dieselbe nach den Landesgesetzen erforderlich ist.

Zur Veröffentlichung durch das Gericht ist dagegen der Vertrag nicht in seinem ganzen Umfange bestimmt, sondern es wird nur ein Auszug daraus veröffentlicht, welcher den im Art. angegebenen Inhalt haben muß[3]). Der Auszug wird, insoferne ihn nicht die Parteien freiwillig und formgerecht überreichen, vom Richter angefertigt[4]).

Zu Ziff. 4 s. die Erläuterungen zu Art. 175 Ziff. 1.

Art. 177.

Der Anmeldung behufs der Eintragung in das Handelsregister muß beigefügt sein:

1) die Bescheinigung, daß der gesammte Betrag des Kapitals der Kommanditisten durch Unterschriften gedeckt ist;
2) die Bescheinigung, daß mindestens ein Viertheil des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages von ihm eingezahlt ist;
3) der Nachweis, daß der Aufsichtsrath nach Inhalt des Vertrages (Art. 175 Ziffer 6) in einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt ist.

Die Anmeldung muß von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in

---

[2]) Preuß. Instruktion betr. die Führung des Handelsregisters (v. 12. Dez. 1861) §. 63, 65. Bayer. Instruktion (vom 30. April 1862) §. 9, 34 u. 35.

[3]) Der Art. enthält eine weitere Ausnahme von der im Art. 19 aufgestellten Regel, s. auch Art. 151 Abs. 3.

[4]) Im Zusammenhange mit der Staatsgenehmigung der Aktienkommanditgesellschaften findet sich in einigen Landesgesetzen die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde auch noch im administrativen Wege zu veröffentlichen sind. Vgl. z. B. Großh. Hessisches Einf.-Gesetz Art. 11. Eine derartige Bekanntmachung ist jedoch in Bayern nicht vorgeschrieben, dieselbe findet hier nur bei den vom Staate genehmigten Aktiengesellschaften statt. Vgl. Lutz, Kommentar zum bayer. Einf.-Gesetz Art. 39 S. 117. Da, wo die staatliche Genehmigung nicht erfordert wird, findet eine solche administrative Bekanntmachung überhaupt keine Anwendung.

beglaubigter Form eingereicht werden. Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Handelsgerichte in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

Preuß. Entw. Art. 159, 160. — I. Entw. Art. 165. — II. Entw. Art. 166. — Prot. S. 380, 1117 f.

I. Der Art. fügt zu den in den vorhergehenden Artikeln enthaltenen Bedingungen der legalen Entstehung einer Aktienkommanditgesellschaft noch drei weitere hinzu. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher diese Bedingungen nicht erfüllt sind, soll nicht in das Handelsregister eingetragen werden; wird sie aber nicht eingetragen, so kommt sie wegen der Vorschrift des Art. 178 nach Außen nicht zur vollen rechtlichen Existenz.

Zu Ziff. 1 und 2.

II. Die erste der im Art. aufgestellten Bedingungen ist zivilrechtlicher Natur. Ist das statutenmäßige Kapital überhaupt nicht voll oder noch nicht voll gezeichnet, so ist die Gesellschaft nicht zu Stande gekommen und kann nicht eingetragen werden.

Dieser Grundsatz kommt auch in dem Falle unverändert zur Anwendung, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß die Geschäfte der Gesellschaft schon dann beginnen sollen, sobald nur ein bestimmter Theil des Aktienkapitales gezeichnet ist[1]). Denn auch in diesem Falle besteht das statutenmäßige Aktien- oder Kommanditkapital der Gesellschaft, mit welchem die Gesellschaft zu haften verspricht und nach dessen Höhe ihr Kredit bemessen werden soll, nicht in jenem Bruchtheile, sondern in dem gesammten, in den Statuten angegebenen Betrage desselben, folglich muß dieser ganze Betrag durch Zeichnungen gedeckt sein.

Anders liegt der Fall, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß das Aktienkapital später bis zu einer bestimmten Summe erhöht werden kann, sei es durch Nachschüsse der Kommanditisten auf die vorhandenen Aktien, sei es durch Ausgabe neuer Aktien. Alsdann kommt bei der Beurtheilung der Vollständigkeit der Zeichnungen nur diejenige Summe in Betracht, welche in den Statuten als gegenwärtiges Aktienkapital festgestellt ist, nicht auch das für die Zukunft in Aussicht genommene Kapital.

III. Zeichnungen, welche nur unter einer der Zeichnung hinzugefügten Bedingung erfolgt sind, können bei der Bescheinigung über die Deckung des ganzen Betrages des Aktienkapitales nicht berücksichtigt werden[2]).

---

[1]) Lesse in Busch' Archiv Bd. III S. 191.

[2]) Beispiele: Eine Stadtgemeinde zeichnet für 500,000 Rthlr. Aktien unter der

Zunächst ist davon auszugehen, daß der Aussteller einer bedingten Zeichnung stets nur nach Maßgabe seiner Zeichnung gebunden ist. Im einzelnen Falle kann es jedoch fraglich werden, ob überhaupt eine bedingte Zeichnung vorliegt und ob es die Gesellschaft ist, gegen welche die Bedingung geltend gemacht werden kann, oder ob es sich nicht vielmehr um eine Aktienzeichnung handelt, welche der Gesellschaft gegenüber in unbedingter Form erfolgt ist, bei welcher jedoch dem Zeichner Seitens der Gründer gewisse Versprechungen und Zusicherungen gemacht worden sind, welche entweder überhaupt nicht als Bedingungen der Aktienzeichnung erscheinen, oder welche nicht von der Gesellschaft, sondern nur von den Gründern oder Vermittlern zu vertreten sind. Zur Entscheidung dieser Fragen reicht das HGB. nicht aus; dieselben sind überhaupt nur zum geringsten Theile handelsrechtlicher, sondern in der Hauptsache zivilrechtlicher Natur[3]). Das HGB. hat es absichtlich vermieden, Bestimmungen über die Unterhandlungen und über die vorbereitenden Geschäfte aufzunehmen, welche der Errichtung der Gesellschaft vorhergehen, und zwar aus dem Grunde, weil man in dieser Hinsicht dem Zivilrechte und somit auch den Landesgesetzen der einzelnen Staaten nicht vorgreifen wollte. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß auch vertragsmäßige Bestimmungen über diese Fragen vorhanden sein können und zwar in den Gesellschaftsstatuten, welche dann in erster Linie zur Anwendung zu bringen sind[4]).

Bedingung, daß die Kommanditgesellschaft eine öffentliche Sparkasse einrichtet oder (bei Aktiengesellschaften) unter der Bedingung, daß die Stadt eine Eisenbahnstation erhält oder, daß die Direktion ihren Sitz in der Stadt nimmt. Ferner: ein Bauunternehmer zeichnet Aktien mit der Bedingung, daß ihm der Bau der Eisenbahn, der Fabrik, der Maschinen übertragen wird. Auf Bedingungen der letzteren Art bezieht sich bei den Aktienkommanditgesellschaften die Vorschrift des Art. 180. Im Allgemeinen heißt es allerdings auch hier: Societas coïri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione. (L. 1 §. 1 D. pro socio 17, 2.) Es fragt sich nur, welche Wirkungen der bedingte Beitritt speziell bei der Aktienkommanditgesellschaft und bei der Aktiengesellschaft hat.

[3]) Demnach ist auch die Frage, welchen Einfluß die verschiedenen Arten der Bedingungen, namentlich die unmöglichen Bedingungen auf die Aktienzeichnung üben können, ferner die Frage, wann die Bedingung als erfüllt anzusehen sei u. s. w. nach Zivilrecht, also nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I §. 86 f.

[4]) Statut der Halle-Sorauer Eisenbahngesellschaft (Preuß. Gesetzsamml. 1868 S. 364) §. 62: „Wer durch Aktienzeichnung dem Unternehmen beitritt, unterwirft sich damit den von den Gründungs-Komité verlautbarten Bestim-

Wenn aber bei der Anmeldung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eine **Bescheinigung** darüber verlangt wird, daß der gesammte Betrag des **Aktienkapitales** durch Unterschriften gedeckt sei, so können Aktienzeichnungen, **denen eine** Bedingung hinzugefügt ist, als eine genügende Deckung so **lange nicht** angesehen werden, als die Bedingung noch schwebt. Denn **während des** Schwebens der Bedingung besteht für die Gesellschaft nur die **Aussicht**, daß für den Fall der Erfüllung die volle rechtliche **Wirksamkeit der** Aktienzeichnung eintritt. Die Bedingung, unter welcher die Zeichnung **erfolgt**, ist entweder eine **aufschiebende**, dann ist der Zeichner der Aktie **vor Eintritt** der Bedingung nicht zur Einzahlung verpflichtet, oder sie ist eine **auflösende**, dann wird mit dem Eintritte derselben die Zeichnung **als nicht bestehend** betrachtet, in beiden Fällen kann also das Ergebniß **eintreten**, daß das scheinbar voll gezeichnete Aktienkapital schließlich **nicht voll oder überhaupt nicht gezeichnet** ist[5]).

Hieraus ergibt sich, daß eine Deckung, wie sie der Art. 177 voraussetzt, **in der bedingten Zeichnung nicht enthalten** ist und daß Aktienkommanditgesellschaften, bei welchen das statutenmäßige Aktienkapital ganz oder theilweise nur unter hinzugefügten Bedingungen gezeichnet ist, so lange **nicht in das Handelsregister eingetragen werden können**, als nicht feststeht, daß durch die Erfüllung der Bedingung die Verpflichtung des Zeichners in volle rechtliche Wirksamkeit getreten ist[6]). Die Anmeldung der Gesellschaft erscheint vorher als verfrüht.

---

mungen dieses Statutes und erkennt alle von dem Komité als Stellvertreter der Gesellschaft innerhalb der statutenmäßigen Grenzen getroffenen Maßnahmen und eingegangenen Verpflichtungen als für sich verbindlich an." Ebenso Statut der Eisenbahngesellschaft Hannover-Altenbeken §. 59 (S. 420 Anm. 13 a. E.).

[5]) Es erscheint sogar fraglich, ob bedingte Aktienzeichuungen überhaupt zu Recht bestehen. Faßt man nämlich die von der Gesellschaft acceptirte Bedingung als eine Zusicherung auf, daß der erste Zeichner unter gewissen Voraussetzungen zur Einzahlung nicht verbunden sein soll, so erscheint eine solche Zusicherung nach Art. 184 als rechtlich nicht erlaubt. Willenserklärungen unter Lebenden werden aber durch die Hinzufügung einer unmöglichen oder rechtlich unerlaubten Bedingung sogleich definitiv unwirksam. (Vgl. Windscheid a. a. O. §. 94 Anm. 9). Dasselbe würde auch von bedingten Zeichnungen bei Aktiengesellschaften gelten.

[6]) Diese Schwierigkeiten können auch in der Weise beseitigt werden, daß die bedingte Zeichnung inzwischen durch eine überzählige unbedingte verbürgt wird; dies ist aber dann ein internes, besonderes Vertragsverhältniß zwischen den beiden Zeichnern, vielleicht zwischen dem Aussteller der bedingten Zeichnung und den Gründern der Gesellschaft.

Dem Aussteller der bedingten Zeichnung steht das Recht zu, bei dem Handelsgerichte gegen die Eintragung der Gesellschaft in das Register Einspruch zu erheben, er kann sich hierdurch gegen etwaige weitere Nachtheile schützen. Ist jedoch ungeachtet der bedingten Zeichnungen die Eintragung erfolgt, so gehen dadurch dem Aussteller der Zeichnung seine Rechte gegenüber der Gesellschaft nicht verloren [7]), auch haften ihm die persönlich haftenden Gesellschafter für allen Schaden, welcher ihm aus der Anmeldung der Gesellschaft während schwebender Bedingung erwächst. Ferner können auf die persönlich haftenden Gesellschafter, welche bei Anmeldung der Gesellschaft das Vorhandensein bedingter Zeichnungen vorsätzlich verschwiegen haben, nach Lage der Sache auch diejenigen Strafbestimmungen angewandt werden, welche in den Einführungsgesetzen zum HGB. rücksichtlich falscher Angaben bei Anmeldung der Societät getroffen sind [8]).

IV. Der Ausdruck Bescheinigung hat hier lediglich diejenige Bedeutung, welche derselbe im gerichtlichen Verfahren überhaupt hat. Die Bescheinigung bildet den Gegensatz zum Beweise oder Nachweise (Ziff. 3) [9]). Der Beweis gibt juristische Wahrheit, die Bescheinigung gibt Wahrscheinlichkeit [10]). Bei der Bescheinigung wird von den Regeln der positiven Beweistheorie abgesehen, sie beruht vielmehr auf solchen allgemeinen Gründen, welche auch im gewöhnlichen Leben eine Behauptung glaubwürdig und wahrscheinlich machen können [11]). Wenn bei der Anmeldung der Aktienkommanditgesellschaft die in Ziff. 1 und 2 vorgeschriebenen Bescheinigungen beigebracht werden sollen, so können die Parteien sich dabei der gewöhnlichen Beweismittel bedienen, der Richter hat jedoch hierbei eine freiere Stellung als im gewöhnlichen Beweisverfahren.

Die Bescheinigung kann namentlich durch notarielle oder andere Atteste, ferner durch Vorlage der Betheiligungsscheine, durch Handelsbücher oder durch Auszüge aus denselben geführt werden, welche letztere nöthigenfalls in beglaubigter Form eingereicht werden müssen [12]). Sind nach

[7]) Es kann dies unter Umständen zur Auflösung der Gesellschaft führen.

[8]) Vgl. S. 425, Anm. 11, wo diese Strafbestimmungen angegeben sind. Betrifft der Fall eine vom Staate genehmigte Gesellschaft, so kommt noch der wesentliche Umstand in Betracht, ob die Staatsregierung das Vorhandensein bedingter Zeichnungen vor der Genehmigung der Gesellschaft gekannt hat.

[9]) Aus den Protokollen ergibt sich (S. 1118, 1119), daß der Ausdruck Bescheinigung anstatt Nachweis in Ziff. 1 und 2 des Art. absichtlich gewählt worden ist.

[10]) Kleiner, über die Bescheinigung im Zivilprozeß, Regensburg 1855, S. 7.

[11]) v. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Zivilprozeß §. 238. Heffter, Zivilprozeß f. die preuß. Staaten §. 117.

[12]) v. Bayer a. a. O. bemerkt, daß es der Richter desto leichter mit der Be-

den Landesgesetzen falsche Angaben der persönlich haftenden Gesellschafter bei Anmeldung der Gesellschaft mit Strafe bedroht, wie dies nach dem preußischen Einführungsgesetze der Fall ist[13]), so kann der Richter sich füglich auch mit der bloßen Erklärung der persönlichen Gesellschafter begnügen, falls nicht besondere Gründe gegen die Glaubwürdigkeit derselben vorliegen[14]). Die vor dem Richter zu Protokoll gegebene Versicherung eines im Uebrigen glaubwürdigen Mannes, welcher die für ihn eintretenden Folgen einer etwaigen falschen Angabe kennt, ist dann ebenfalls eine Bescheinigung im Sinne des Gesetzbuches, und in jenen Strafbestimmungen liegt schließlich eine viel größere Garantie gegen falsche Angaben der Gesellschafter als in den Bescheinigungen, wie dieselben sonst gefordert werden. Denn selbst wenn der Richter sich die Betheiligungsscheine der Kommanditisten oder Aktionäre im Originale vorlegen läßt, um sich persönlich davon zu überzeugen, daß das ganze Kapital gezeichnet ist, ist er immer noch nicht sicher, ob die Zeichner der Aktien nicht fingirte oder längst insolvent gewordene Personen sind, und ähnlich verhält es sich bei der Prüfung der Angaben über die Einzahlungen[15]).

Zu Ziff. 2.

V. Die Annahme von Einzahlungen vor der Konstituirung der

---

scheinigung nehmen dürfe, je weniger die auf Grund der Bescheinigung zu treffende Verfügung dem Gegner des Antragstellers präjudizire. Dieser Grundsatz kann hier deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil hier die Voraussetzungen desselben fehlen. Denn ganz abgesehen davon, ob sich bei dem Antrage auf Eintragung der Gesellschaft ein Gegner findet oder nicht, sind die Bescheinigungen im Art. 177 im rechtspolizeilichen und öffentlichen Interesse vorgeschrieben. Wohl aber kann der Richter es in dem Falle leichter nehmen, wenn die Angabe falscher Thatsachen bei Anmeldung der Gesellschaft nach den Landesgesetzen mit Strafe bedroht ist.

[13]) Vgl. die Zusammenstellung S. 425 Anm. 11. Man hat diese Bestimmungen den Landesgesetzen überlassen, weil man es für unstatthaft hielt, strafrechtliche Vorschriften in das HGB. aufzunehmen. Protok. S. 388.

[14]) Lesse in Busch' Archiv Bd. III S. 191.

[15]) Eben so unsicher ist auch die Prüfung, welche die Staatsregierungen hinsichtlich der Betheiligungsscheine und der Liste der Aktionäre vorzunehmen haben, wenn die staatliche Genehmigung einer Aktiengesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft nachgesucht wird. Da zwischen der Einreichung des Antrages auf Genehmigung und der Ertheilung derselben stets ein mehr oder weniger erheblicher Zwischenraum in der Mitte liegt, so kann es sich ereignen, daß die Unterzeichner der im Originale oder in Abschrift eingereichten Betheiligungsscheine inzwischen längst insolvent geworden sind, während die staatliche Konzession der Gesellschaft gleichwohl noch erfolgt. Die Behörden begnügen sich mit der gleichzeitig mit dem Antrage eingereichten

Gesellschaft durch die Eintragung in das Handelsregister und beziehungsweise durch die staatliche Genehmigung ist nicht nur nicht verboten, sondern der Art. schreibt sogar vor, daß mindestens der vierte Theil des Aktienkapitales vor der Eintragung eingezahlt sein muß. Hieraus ergibt sich 1) daß die Einzahlung auch des ganzen Kapitales gestattet ist, sowie 2) daß schon vor der Eintragung Interimsscheine und Quittungsbogen über die geleisteten Einzahlungen ausgestellt werden können (Art. 173 Abs. 4), worüber die Erläuterungen zu Art. 178 zu vergleichen sind.

Zu Ziff. 3.

VI. Darüber, daß der Aufsichtsrath gewählt sei, wird ein Nachweis, keine bloße Bescheinigung verlangt. Obgleich nun unter Nachweis mitunter ebenfalls ein geringerer Grad des strengen juristischen Beweises verstanden wird, so ist doch hier der Ausdruck im Gegensatze zur Bescheinigung gebraucht. Es wird hier also mehr verlangt als eine bloße Bescheinigung und der Nachweis der Wahl wird am zweckmäßigsten durch ein ordnungsmäßiges notarielles oder gerichtliches Protokoll geführt, dessen sich die Gesellschaften in den Generalversammlungen in der Regel bedienen. Nur muß dabei auch nachgewiesen werden, daß die Gewählten die Wahl angenommen haben.

Ueber die Strafbestimmungen der Einführungsgesetze, durch welche die Wahl des Aufsichtsrathes gesichert werden soll, s. die Erläuterungen zu Art. 175 Ziff. 6.

VII. Ueber die Förmlichkeiten der Anmeldung und über die Ordnungsstrafen s. die Erläuterungen zu Art. 151 und 153 bis 155.

Art. 178.

Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Kommanditgesellschaft als solche nicht. Die ausgegebenen Aktien oder Aktienantheile sind nich-

---

Liste der Aktienzeichnungen, diese Liste bleibt bei den Akten, und quod non in actis non in mundo. Auf diese Weise erklärt es sich, daß Aktiengesellschaften staatlich genehmigt werden können, welche zur Zeit der Genehmigung bereits in der Luft schweben, weil die ursprünglichen Zeichner unauffindbar oder insolvent geworden sind und die Einzahlungen nicht geleistet werden können. Perioden der Ueberspekulation und des Aktienschwindels sind besonders reich an solchen Beispielen. Die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, diese Uebelstände zu beseitigen, bildet eine der größten Schattenseiten des staatlichen Konzessionswesens.

tig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Pr. Entw. Art. 161. — I. Entw. Art. 166. — II. Entw. Art. 167. — Prot. S. 382, 1118, 1450, 4540, 4642.

I. Ueber die Haft derjenigen Personen, welche die nichtigen Aktien ausgeben, s. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 3.

Die Vorschrift des Art. 178 bezieht sich nur auf die vorzeitige Ausgabe von Aktien, nicht auch von Interimsscheinen und Quittungsbogen über die geleisteten Einzahlungen (Prot. S. 1119). Eine Ausdehnung des Verbotes auf Urkunden der letzteren Art würde um so weniger begründet sein, als das HGB. im Art. 177 selbst vorschreibt, daß vor Eintragung der Gesellschaft schon mindestens der vierte Theil des Aktienkapitales eingezahlt sein muß. Wer aber eine Einzahlung macht, ist auch berechtigt, die Ausstellung einer Quittungsurkunde über dieselbe zu fordern.

Es ergibt sich hieraus, daß das Verbot der vorzeitigen Ausgabe von Aktien praktisch nicht von derjenigen Wirkung ist, welche der Gesetzgeber vielleicht beabsichtigt hat. Denn selbst wenn man der Ansicht ist, daß Interimsscheine, Quittungsbogen und Promessen nicht durch Indossament weiter begeben werden können[1]), so können sie doch cedirt werden, unbeschadet der Haft des ersten Zeichners für den vollen Betrag der gezeichneten Aktien (Art. 184). Und insoferne in dieser Haft eine faktische Erschwerung der Zirkulation solcher Papiere liegt, so fällt dieselbe wenigstens bei den voll eingezahlten Interimsscheinen völlig hinweg. Demnach kann unter Umständen die ganze Wirkung des Verbotes sich darauf beschränken, daß die voll eingezahlten Interimsscheine oder Quittungsbogen vor der Eintragung, und beziehungsweise vor der staatlichen Genehmigung und Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht in Aktien umgetauscht werden dürfen[2]).

II. Die Bestimmung des Art. über die Haft derjenigen Gesellschafter, welche vor erfolgter Eintragung[3]) und beziehungsweise vor er-

---

[1]) Vgl. zu Art. 182 Abs. 4.

[2]) Vgl. oben S. 412, 413.

[3]) Nur der Zeitpunkt der Eintragung kommt hier in Betracht, nicht der Zeitpunkt der Veröffentlichung der geschehenen Eintragung, ebenso im Abs. 1 des Artikels und im Art. 211. Es findet hier also ausnahmsweise dieselbe Unterscheidung statt wie im Art. 146 Abs. 2.

folgter staatlicher Genehmigung und Eintragung im Namen der Gesellschaft handeln, entspricht der gleichen Bestimmung im Art. 211 über die Aktiengesellschaft; dagegen weicht dieselbe von der Bestimmung im Art. 163 über die Haft der einfachen Kommanditisten ab[4]). Die solidarische Haft trifft nur diejenigen Gesellschafter, welche Namens der Gesellschaft gehandelt haben, diesen stehen auch diejenigen gleich, mit deren Zustimmung und Genehmigung gehandelt worden ist[5]), ohne daß hierbei zwischen Kommanditisten (Aktionären) und persönlich haftenden Gesellschaftern unterschieden würde. Die Haft trifft also namentlich auch die Mitglieder des Aufsichtsrathes, welche zu der vorzeitigen Eröffnung der Geschäfte ihre Zustimmung gegeben haben, sowie die Mitglieder der Majorität der Generalversammlung, welche einen auf die Vornahme von Geschäften gerichteten Beschluß gefaßt hat[6]).

Art. 179.

Die Vorschriften der Art. 152 und 153 sind auch bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu befolgen; die Anmeldung muß die im Art. 176 Ziffer 1—5 bezeichneten Angaben enthalten. Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Prot. S. 4656, 4662.

Art. 180.

Wenn ein Gesellschafter eine Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn er sich zu seinen Gunsten besondere Vortheile ausbedingt, so muß in einer Generalversammlung der Kommanditisten die Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit angeordnet und in einer späteren Generalversammlung die Genehmigung durch Beschluß erfolgt sein.

---

4) Vgl. S. 370 zu Art. 163.

5) Protok. S. 1450, 4540. Das Hamburg'sche Einf.-Ges. §. 27 setzt außerdem noch eine Ordnungsstrafe für die Handelnden fest.

6) Die Minorität, welche gegen die Vornahme der Geschäfte gestimmt hat, haftet nicht, denn erstens hat sie ihre Zustimmung nicht ertheilt und zweitens ist sie der Majorität noch nicht unterworfen, weil die Aktienkommanditgesellschaft als solche vor der Eintragung noch gar nicht besteht.

Der Beschluß wird nach der Mehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Vollmacht vertretenen Kommanditisten gefaßt; jedoch muß diese Mehrheit mindestens ein Viertheil der sämmtlichen Kommanditisten begreifen und der Betrag ihrer Antheile zusammen mindestens ein Viertheil des Gesammtkapitales der Kommanditisten darstellen. Der Gesellschafter, welcher die Einlage macht oder sich besondere Vortheile ausbedingt, hat bei der Beschlußfassung kein Stimmrecht.

Ein gegen den Inhalt dieser Bestimmung geschlossener Vertrag hat keine rechtliche Wirkung.

Preuß. Entw. Art. 159, 160. — I. Entw. Art. 169. — II. Entw. Art. 168. — Prot. S. 380 f., 1121.

I. Die Vorschriften des Art. sind dem französischen Gesetze von 1857 Art. 4 entlehnt, es soll durch dieselben der Gefahr vorgebeugt werden, daß die persönlich haftenden Gesellschafter oder einzelne Kommanditisten durch übermäßige Taxirung ihrer nicht in baarem Gelde bestehenden Einlagen oder durch Ausbedingung besonderer Vortheile sich zum Nachtheile der übrigen Gesellschafter widerrechtlich bereichern[1]). Letzteres wird nun zwar auch durch diese Bestimmungen nicht völlig ausgeschlossen, der Art. gibt aber den Aktionären wenigstens ein Mittel an die Hand, derartige Anträge und Bedingungen selbständig zu prüfen oder prüfen zu lassen[2]). Die Bestimmungen des Art. beziehen sich sowohl auf die Einlagen, welche bei der Gründung, als auf diejenigen, welche später gemacht werden.

II. Die Bestimmung, daß in solchen Fällen eine Generalversammlung der Kommanditisten berufen werden soll, welche in der im Art. vorgeschriebenen Weise zu verfahren hat, ist nicht dahin zu verstehen, daß die persönlich haftenden Gesellschafter in dieser Generalversammlung überhaupt kein Stimmrecht haben könnten. Unter der Generalversammlung der Kommanditisten ist vielmehr hier wie in den übrigen Artikeln dieses Abschnittes (Art. 186) die Generalversammlung der Aktienbesitzer zu verstehen. Besitzen also die persönlich haftenden Gesellschafter Aktien der

---

[1]) Motive zum preuß. Entwurf S. 84.

[2]) In einem solchen Falle ist jedoch darauf zu achten, ob eine wirkliche Bedingung vorliegt, von welcher der betreffende Gesellschafter seinen Beitritt zur Gesellschaft abhängig gemacht hat oder nicht. Im ersteren Falle kann die Gesellschaft unter Umständen völlig gegenstandslos werden. Vgl. oben S. 428 f. (bedingte Zeichnung) und v. Kräwel in Busch' Archiv Bd. V S. 115.

Gesellschaft, so sind sie in ihrer Eigenschaft als Aktienbesitzer auch stimmberechtigt in der Generalversammlung nach Maßgabe der Statuten³).

III. Der Art. bezieht sich nur auf Einlagen der Gesellschafter, also nur auf solche Ueberlassungen von Vermögensstücken oder deren Gebrauch an die Gesellschaft, für welche die Gegenleistung in Geschäftsantheilen oder Aktien der Gesellschaft oder überhaupt in Form einer Einräumung von Gewinnantheilen erfolgt. Geschieht die Ueberlassung in Form eines Verkaufes an die Gesellschaft, bei welchem der Kaufpreis ganz oder zum Theile in dieser letzteren Weise berichtigt werden soll, so kommt der Art. zur Anwendung, im entgegengesetzten Falle bedarf das Kaufgeschäft der besonderen Bestätigung nicht⁴).

Art. 181.

Für die gesellschaftlichen Kapitalantheile, welche auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter fallen oder welche denselben als besondere Vortheile ausbedungen sind, dürfen keine Aktien ausgegeben werden; diese Kapitalantheile dürfen von den persönlich haftenden Gesellschaftern, so lange die letzteren in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen, nicht veräußert werden.

Pr. Entw. Art. 162. — I. Entw. Art. 170. — II. Entw. Art. 169. — Prot. S. 383, 1122 f., 1128 f.

I. Ueber die Bestimmungen dieses Artikels und deren Anwendung im Verkehre s. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 1 (S. 403). Die Bestimmungen beziehen sich nur auf diejenigen Einlagen der persönlich

---

³) S. die Erläuterungen zu Art. 181 §. III. Selbstverständlich hat der persönlich haftende Gesellschafter dann kein Stimmrecht, wenn er es ist, der die Einlage macht oder sich die besonderen Vortheile ausbedingt. Die Entscheidung des Kammergerichtes zu Berlin in Busch's Archiv Bd. X S. 325 geht zu weit, indem sie ganz allgemein annimmt, der persönlich haftende Gesellschafter könne in der Generalversammlung auch als Aktienbesitzer nicht mitstimmen, weil er nicht Kommanditist sei.

⁴) Die Bestimmung des Art., „wenn er sich zu seinen Gunsten besondere Vortheile ausbedingt", ist freilich so elastisch, daß unter Umständen auch ein gewöhnliches Kaufgeschäft von derselben getroffen werden kann, z. B. wenn für den kreditirten Kaufpreis höhere als landesübliche oder handelsgesetzmäßige (sechsprozentige) Zinsen stipulirt werden. Vgl. v. Hahn zu Art. 180 §. 5.

29

haftenden Gesellschafter, zu welchen sich dieselben im Gesellschaftsvertrage verpflichtet haben, nicht aber auf diejenigen Aktien, welche sie freiwillig entweder selbst zeichnen oder von anderen erwerben. Es soll durch diese Vorschriften verhindert werden, daß die persönlich haftenden Gesellschafter erst das Vertrauen der Kommanditisten sowie des Publikums überhaupt dadurch erwecken, daß sie sich statutenmäßig verpflichten, sich an der Gesellschaft mit bestimmten Vermögenseinlagen zu betheiligen und eine bestimmte Anzahl von Aktien zu besitzen, während sie später, so lange die Verhältnisse noch günstig sind, diese Aktien veräußern und dadurch zwar nicht ihre persönliche Haft beseitigen, wohl aber ihr statutenmäßiges pekuniäres Interesse an dem Unternehmen erheblich verringern können. Die unveräußerlichen statutenmäßigen Antheile der persönlich haftenden Gesellschafter dienen zugleich auch als Kaution der letzteren gegenüber der Gesellschaft[1]).

II. Der Artikel bezieht sich jedoch nur auf den Fall, wenn ein persönlich haftender Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrage zu einer Einlage verpflichtet hat, also wenn er im Gesellschaftsvertrage die Verpflichtung übernommen hat, sich mit einem bestimmten Antheile an der Gesellschaft zu betheiligen[2]). Hat derselbe eine solche Verpflichtung überhaupt nicht übernommen, so ist der Art. auch nicht anwendbar[3]).

---

[1]) Auf die Vorstände von Aktiengesellschaften ist die Vorschrift des Art. 181 im Gesetzbuche nicht ausgedehnt worden, wohl aber in den meisten Statuten. S. zu Art. 227 Abs. 2.

[2]) Es ist sogar zweifelhaft, ob der Art. 181 nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder später durch einen Beschluß der Generalversammlung der Aktionäre abgeändert werden kann. Wenigstens ist das Verbot, welches sich in Art. 180 Abs. 3 und 184 findet, hier nicht wiederholt und an sich betrachtet betrifft der Art. 181 nur das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander, welches sich im Zweifel nach dem Gesellschaftsvertrage richtet (Art. 157). Für die verneinende Ansicht kann man sich nur auf den rechtspolizeilichen Gesichtspunkt, sowie darauf berufen, daß sämmtliche Bestimmungen dieses Abschnittes, soweit die Abänderung derselben nicht ausdrücklich gestattet ist, als unabänderliche Normativbestimmungen gelten sollen. Allein, wenn das Letztere beabsichtigt war, wozu dann die ausdrückliche Hervorhebung der Unabänderlichkeit in Art. 180 Abs. 3 und 184?

[3]) Die Frage, ob ein persönlich haftender Gesellschafter verpflichtet sein soll, abgesehen von seiner persönlichen Haft sich mit einer bestimmten Einlage an der Gesellschaft zu betheiligen und zwar dauernd zu betheiligen, ist lediglich der freien Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage überlassen. So sind z. B. nach dem Statut der Elbinger Kreditbank, Kommanditgesellschaft auf Aktien, vom J. 1867 die persönlich haftenden Gesellschafter zu

Zeichnet dann ein persönlich haftender Gesellschafter freiwillig eine Anzahl von Aktien der Gesellschaft oder erwirbt er dieselben anderweitig, durch Vertrag, Erbgang oder richterliche Ueberweisung, so behält er die freie Disposition über dieselben. Denn da er der Gesellschaft gegenüber überhaupt nicht verpflichtet war, diese Aktien zu erwerben, so ist er auch nicht verpflichtet, dieselben im Interesse der Gesellschaft zu behalten. Ein Veräußerungsverbot zu Gunsten der Gesellschaft würde hier nur durch eine neue und auf besonderem Vertrage beruhende Verpflichtung des Komplementars entstehen können, liegt aber dieser Ausnahmsfall nicht vor, so steht der persönlich haftende Gesellschafter hinsichtlich dieses seines Aktienbesitzes den Kommanditisten, welche Aktien besitzen, völlig gleich[4]). Dasselbe gilt von denjenigen Aktien, welche ein persönlich haftender Gesellschafter über den Betrag seiner vertragsmäßigen Einlage hinaus zeichnet oder anderweitig erwirbt.

III. Hat ein persönlich haftender Gesellschafter durch Zeichnung oder anderweitig Aktien der Gesellschaft erworben, so hat er, insoferne nicht besondere Bestimmungen der Statuten entgegenstehen, als Aktienbesitzer auch Stimmrecht in der Generalversammlung der Kommanditisten (Art. 180, 186), denn unter der letzteren ist lediglich die Generalversammlung der Aktienbesitzer zu verstehen[5]).

IV. In den Statuten der Kommanditgesellschaften auf Aktien sind die Vorschriften des Art. in der Regel auch auf die Mitglieder des Aufsichtsrathes ausgedehnt worden, wenigstens insoferne als bestimmt ist, daß dieselben eine bestimmte Anzahl von Aktien besitzen und für die Dauer ihrer Funktion bei der Gesellschaft deponiren müssen[6]). Diese Aktien

---

keiner Einlage verpflichtet. Das Gesetz übt hier keinen Zwang und kann keinen Zwang üben.

4) „Der persönlich haftende Gesellschafter kann, wie jeder Dritte, völlig wirksam wirkliche Aktien erwerben und hat in Betreff derselben die Rechte eines Aktionärs, kann namentlich dieselben auch völlig frei veräußern. Was hiergegen in zweiter Lesung bemerkt worden ist (Protok. S. 1122 f.), beruht auf einer irrigen Auffassung". (v. Hahn zu Art. 181 §. 3.) Nichtsdestoweniger ist diese irrige Auffassung, welche sich nur aus der Unbekanntschaft mit der Gestaltung der Aktienkommanditgesellschaft im praktischen Leben erklärt, auch übergegangen in Koch Kommentar zu Art. 181 Anm. 48 a. E., welcher mit großer Bestimmtheit den Satz aufstellt: „Aktien kann der Komplementar nicht erwerben." Nicht nur der Komplementar kann dies, sondern auch die Gesellschaft unter ihrer Firma, sobald sie in's Leben getreten ist.

5) S. die Erläuterungen zu Art. 180 §. II und zu Art. 190 §. II.

6) Statut der Berliner Discontogesellschaft Art. 61: „Jedes Mitglied (des

dienen dann zugleich als Kaution des Aufsichtsrathes gegenüber der Gesellschaft.

Art. 182.

Die Aktien oder Aktienantheile sind untheilbar.

Sie müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden.

Sie können, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen.

In Betreff der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Art. 11—13 der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Anwendung.

Preuß. Entw. Art. 170, 171. — I. Entw. Art. 177. — II. Entw. Art. 170. — Prot. S. 343, 387, 1126, 5072, 5073.

I. Ueber die Untheilbarkeit der Aktien und Aktienantheile s. die Erläuterungen zu Art. 173 §. IV (S. 406).

II. Das Institut des Aktienbuches (régistres de la société) findet sich schon im Code de commerce Art. 36. Eine juristische Bedeutung kann dasselbe nur beim Vorhandensein von Namenaktien und somit auch bei der Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien haben [1]). Nicht zu verwechseln mit dem Aktienbuche ist das bei manchen Gesellschaften vorkommende Stammbuch oder Stammregister (régistre à souche), aus welchem die Aktiendokumente in der Weise ausgeschnitten werden, daß ein Stammende (talon) im Buche zurück bleibt [2]); es sollen dadurch Fälschungen verhütet werden.

Verwaltungsrathes resp. des Aufsichtsrathes) muß 2000 Rthlr. in Kommanditantheilen besitzen oder erwerben, die während der Dienstzeit bei der Gesellschaft zu deponiren sind". Gesellschaftsvertrag des Schlesischen Bankvereines zu Breslau §. 28: „Jedes Mitglied des Verwaltungsrathes (Aufsichtsrathes) hat acht Tage nach seiner Ernennung 5000 Rthlr. in Antheilsscheinen bei der Gesellschaft für die Dauer seiner Funktionen niederzulegen, welche während derselben weder beschwert noch veräußert werden dürfen."

[1]) Ferner auch dann, wenn die Gesellschaft überhaupt keine Aktiendokumente ausgegeben hat. Renaud, Aktiengesellschaften S. 88 f.

[2]) Renaud a. a. O. Dieses Verfahren erinnert an die alten chartae par-

III. Die Bestimmung, daß der Gesellschaft gegenüber nur die im Aktienbuche derselben eingetragenen Eigenthümer der Aktien als Aktionäre gelten, ist namentlich in dem Falle wichtig, wenn die Uebertragbarkeit der Aktien durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen worden ist. Denn wenn auch die freie Uebertragbarkeit der Aktien ohne Genehmigung der Gesellschaft die Regel bildet und gesetzlich präsumirt wird [3]), so ist dieselbe doch nicht zwangsweise vorgeschrieben, vielmehr ist es gestattet, daß die Uebertragung der Aktien auf Andere im Gesellschaftsvertrage entweder völlig ausgeschlossen oder bestimmten Bedingungen und Beschränkungen unterworfen werden kann.

IV. Indossabilität der Namenaktien.

Durch die Zulassung des Indossamentes, und zwar auch des Blankoindossamentes [4]) bei der Uebertragung der Namenaktien, sowohl bei der Aktienkommanditgesellschaft als bei der Aktiengesellschaft (Art. 223), hat das Gesetzbuch die Uebertragung dieser Urkunden wesentlich erleichtert, dieselben sind hierdurch negoziable Papiere und ebenso zirkulationsfähig geworden wie Wechsel und Ordrepapiere (Art. 301). Dabei ist es überall nicht erforderlich, daß die Namenaktien an Ordre ausgestellt werden, um sie durch Indossament übertragen zu können, sondern die Uebertragbarkeit durch Indossament wohnt ihnen wie den Wechseln kraft Gesetzes inne, unabhängig davon, ob sie an Ordre gestellt sind oder nicht.

Das Gesetzbuch hat jedoch nicht alle Bestimmungen der Wechselordnung über das Indossament auf die Namenaktien übertragen, sondern nur die Bestimmungen über die Form des Indossamentes, welche in den Art. 11 bis 13 der allg. d. Wechselordnung enthalten sind [5]). Die Ausdehnung bezieht sich namentlich nicht auf die wechselrechtlichen Bestimmungen über den Regreß des Indossatars gegen seine Vormänner; in dieser

---

titae, bei welchen zur größeren Sicherheit gegen Fälschungen die Urkunde in zwei Hälften zerschnitten wurde, von denen jeder der beiden Kontrahenten eine erhielt; dieser alte Ausdruck, nicht die Sitte, hat sich noch erhalten im Seerechte, in der Chartepartie (HGB. Art. 557), Certepartie, charte-partie, charter-party.

[3]) Streng genommen liegt nur in der Veräußerlichkeit, nicht aber in der bloßen Emission der Aktien der wahre Unterschied der Aktienkommanditgesellschaft von der einfachen Kommanditgesellschaft.

[4]) Ueber Blankoindossamente bei nicht wechselmäßigen Urkunden s. neues Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen (Hamburg) Bd. I S. 99 f.

[5]) Der Antrag auf Aufnahme der Art. 36 und 74 der allg. d. Wechselordnung in den Art. 182 des HGB's. wurde in der dritten Lesung ebenfalls abgelehnt (Prot. S. 5072, 5073). Im Art. 305 sind jene beiden Artikel aller-

Beziehung verbleibt es vielmehr bei den zivilrechtlichen Vorschriften. Der Inhaber einer Namenaktie hat einen Regreßanspruch nur gegen denjenigen, von welchem er die Aktie unmittelbar erworben hat, also gegen seinen unmittelbaren Vormann und der Regreß selbst kann nicht auf das Indossament an sich, sondern nur auf das dem Indossamente zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gestützt werden.

V. Indossirung der Promessen und Interimsscheine.

Der Art. handelt seinem Wortlaute nach nur von der Uebertragung der Aktien, nicht auch von der Uebertragung der Aktien-Promessen und Interimsscheine [6]). Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß alles dasjenige, was von der Uebertragung der Aktien gilt, auch auf Promessen und Interimsscheine Anwendung findet. Da nach Art. 173 hinsichtlich der Ausstellung solcher Urkunden dieselben Vorschriften wie hinsichtlich der Aktien selbst gelten, so konnte es überflüssig erscheinen, diese Gleichstellung auch hinsichtlich der Uebertragung der Urkunden noch ausdrücklich auszusprechen.

Sind also die Aktien durch Indossament übertragbar, so sind es auch die Promessen und Interimsscheine [7]). Ein rechtliches Interesse steht

---

dings zitirt, ebenso Art. 73 der allg. d. WO. — Die für die Namenaktien in Betracht kommenden Artikel 11 bis 13 der Wechselordnung lauten:

Art. 11.

Das Indossament muß auf den Wechsel, eine Copie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Copie verbundenes Blatt (Alonge) geschrieben werden.

Art. 12.

Ein Indossament ist gültig, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Copie oder auf die Alonge schreibt (Blanko-Indossament).

Art. 13.

Jeder Inhaber des Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanko-Indossamente auszufüllen, er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossiren.

6) Vgl. über diese Papiere S. 412.

7) So auch v. Kräwel zu Art. 222 Anm. 3 und Koch Art. 222 Anm. 104. A. M. Renaud, Aktienges. S. 367. Aus den Protokollen der Nürnberger Konferenz läßt sich ein bestimmtes Resultat über diese Frage nicht gewinnen (Prot. S. 340, 1045). Doch kann man sagen, daß die Indossabilität der auf Namen lautenden Promessen und Interimsscheine als erlaubt vorausgesetzt wurde. Der Vorschlag, diese Urkunden an Ordre zu stellen und sie dadurch indossabel zu machen (Renaud und v. Kräwel a. a. O.) würde aus dem Grunde keine volle Sicherheit bieten, weil man

der Indossirung solcher Papiere nicht entgegen, weil nach Art. 184 die Haft des ersten Zeichners für die Einzahlung des vollen gezeichneten Betrages durch die Indossirung oder anderweite Uebertragung der Promessen oder Interimsscheine weder beseitigt noch vermindert werden kann, sondern ungeachtet der geschehenen Uebertragung fortbesteht.

Ebenso finden aber auch die besonderen statutarischen Bestimmungen über die Uebertragbarkeit der Aktien Anwendung auf die Promessen und Interimsscheine. Ist also die Uebertragung der Aktien auf andere Personen im Gesellschaftsvertrage untersagt oder an gewisse Bedingungen und Förmlichkeiten geknüpft, so gilt dies auch von der Uebertragung der Promessen und Interimsscheine. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Gesellschaftsvertrag auch besondere Bestimmungen über die Uebertragung dieser letzteren Papiere enthalten kann.

VI. Da die Frage der Uebertragbarkeit der Aktien sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet, so können in den Statuten auch andere Formen der Uebertragung festgesetzt werden als die gewöhnliche Cession oder das Indossament, namentlich die Form, daß die Uebertragung der Aktie auf einen neuen Erwerber durch einen Cessionsvormerk erfolgen soll, welchen nicht der bisherige Besitzer, sondern der persönlich haftende Gesellschafter oder der Vorstand der Gesellschaft auf die Aktie setzt und zwar auf Grund des Inhaltes des Aktienbuches (Art. 183). Diese Form der Uebertraguug gewährt den Vortheil, daß der auf der Aktie angegebene Besitzer dann auch der Gesellschaft gegenüber als Aktionär gilt[8]).

Art. 183.

Wenn das Eigenthum der Aktie auf einen Anderen übergeht, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigenthümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

---

entgegnen könnte, daß die Form, in welcher diese Papiere ausgestellt werden können, sich nicht nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 301, sondern nach den Spezialbestimmungen des Art. 173 richten müsse, daß aber im letzteren Artikel die Ausstellung an Ordre nicht erwähnt sei, daß ferner der Art. 301 auch auf Interimsscheine nicht passe.

[8]) Vgl. Weinhagen, das Recht der Aktiengesellschaften S. 175.

Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Pr. Entw. Art. 172. — I. Entw. Art. 178. — II. Entw. Art. 171. — Protok. S. 343, 1126.

Durch die Vorschrift, daß bei der Umschreibung der Aktien im Aktienbuche auf den Namen eines neuen Erwerbers der Nachweis des Eigenthumsüberganges geführt werden soll, sollen die etwa vorhandenen rechtmäßigen Ansprüche Dritter geschützt werden. Indeß wird die praktische Bedeutung der Bestimmung dadurch erheblich abgeschwächt, daß die Gesellschaft zur Prüfung der Legitimation nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist *).

Art. 184.

So lange der Betrag einer Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet; die Gesellschaft kann ihn dieser Verbindlichkeit nicht entlassen.

Pr. Entw. Art. 173. — I. Entw. Art. 179. II. Entw. Art. 172. — Protok. S. 387, 1626.

Durch die Bestimmung über die Haft des ersten Zeichners einer Aktie für den ganzen Betrag derselben, unabhängig von der inzwischen erfolgten Uebertragung des Aktienrechtes auf einen Dritten, unterscheidet sich die Aktienkommanditgesellschaft wesentlich von der Aktiengesellschaft [1]). Auch durch diese Erschwerung, welche übrigens vom Standpunkte des Vertragsrechtes aus für den Zeichner der Aktie keine Erschwerung ist, soll die Errichtung unsolider Aktienkommanditgesellschaften verhindert werden. Hinsichtlich der Folgen der verzögerten Einzahlung der Aktionäre

---

*) Ob die Gesellschaft nicht nur nicht verpflichtet, sondern, wie Renaud S. 370 annimmt, auch nicht berechtigt ist, die Echtheit sämmtlicher Indossamente, oder auch nur des letzten Giro's zu prüfen, und sich statt dieser Prüfung nur mit dem Nachweise der Identität des Präsentanten mit dem auf der Aktie bezeichneten letzten Besitzer begnügen muß, ist deshalb zweifelhaft, weil die Erwähnung des Art. 36 der allg. d. Wechselordnung im Art. 182 des HGB's. bei der dritten Lesung ausdrücklich abgelehnt worden ist (Protokoll S. 5072, 5073).

[1]) Vgl. Art. 222, 223 und 249.

kommen die Art. 220 und 221 zur Anwendung, in der Regel enthalten die Gesellschaftsstatuten hierüber besondere Bestimmungen.

Art. 185.

Die persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, dem Aufsichtsrath und den Kommanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen.

II. Entwurf Art. 173. — Protokoll S. 1125.

Die Bestimmung entspricht der analogen Vorschrift des Art. 239 über die Aktiengesellschaft.

Art. 186.

Die Rechte, welche den Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den Bestimmungen des vorigen Abschnittes in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz, die Bestimmung der Gewinnvertheilung, die Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft und die Befugniß, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen, zustehen, werden von der Gesammtheit der Kommanditisten in der Generalversammlung ausgeübt.

Die Beschlüsse der Generalversammlung werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt ist.

Preuß. Entw. Art. 164. — I. Entw. Art. 172. — II. Entw. Art. 174. — Protok. S. 385, 1124 f.

Die Generalversammlung der Kommanditisten oder Aktionäre gehört zu denjenigen Einrichtungen, welche die Aktienkommandite aus der Verfassung der Aktiengesellschaft entlehnt hat. Wie bei der Aktiengesellschaft, so werden auch bei der Aktienkommandite die Rechte der Aktionäre oder Kommanditisten nicht durch die einzelnen, sondern durch die Gesammtheit

der Aktionäre ausgeübt, die Gesammtheit aber hat ihre Organe in der Generalversammlung und im Aufsichtsrathe[1]). Daß durch den Gesellschaftsvertrag auch noch andere Organe eingesetzt werden können, geht aus der Bestimmung im Absatz 2 des Art. hervor.

Art. 187.

Die Generalversammlung der Kommanditisten wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrath berufen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

Preuß. Entw. Art. 166. — I. Entw. Art. 174. — II. Entw. Art. 175. — Protok. S. 1125.

Art. 188.

Eine Generalversammlung der Kommanditisten ist außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Die Generalversammlung muß auch dann berufen werden, wenn dies von einem Kommanditisten oder einer Anzahl von Kommanditisten, deren Aktien zusammen den zehnten Theil des Gesammtkapitals der Kommanditisten darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt wird. Ist im Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder eines geringeren Antheiles am Gesammtkapitale geknüpft, so hat es hiebei sein Bewenden.

Preuß. Entw. Art. 166. — I. Entw. Art. 174. — II. Entw. Art. 176. — Protok. S. 385 f., 1125, 4540 f.

S. die Erläuterungen zu Art. 237, mit welchem der Art. 188 übereinstimmt.

---

[1]) Generalversammlung und Aufsichtsrath finden sich bei der Aktienkommanditgesellschaft kraft gesetzlicher Vorschrift, beide Institute können aber durch den Gesellschaftsvertrag sowohl bei der einfachen Kommanditgesellschaft als auch bei der offenen Gesellschaft eingeführt werden.

Die Frage, wer die Generalversammlung zu berufen habe und an wen sich die Aktionäre mit dem Antrage auf Einberufung derselben zu wenden haben, ist nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu entscheiden (Art. 175 Ziff. 7). Fehlt es an solchen Bestimmungen, so sind sowohl die persönlich haftenden Gesellschafter als der Aufsichtsrath zur Einberufung verpflichtet, an sie ist also auch der Antrag auf Einberufung zu richten. Weigern sich dieselben, dem Antrage zu entsprechen, so steht den Antragstellern die gerichtliche Klage auf Einberufung der Generalversammlung gegen dieselben Personen zu.

Art. 189.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekannt gemacht werden. Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hiervon ist jedoch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

I. Entw. Art. 174. — II. Entw. Art. 177. — Protok. S. 385, 1125.

S. die Erläuterungen zu Art. 238, mit welchem der Art. 189 übereinstimmt.

Art. 190.

Soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, werden die Beschlüsse der Generalversammlung der Kommanditisten mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt, und jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme.

I. Entw. Art. 174. — II. Entw. Art. 178. — Protok. S. 385 f., 1125.

I. Ueber das Stimmrecht in der Generalversammlung enthalten die Gesellschaftsverträge und Statuten in der Regel ausführliche Bestim-

mungen, welche den Festsetzungen in den Statuten der Aktiengesellschaften nachgebildet sind. Ueber diese statutarischen Bestimmungen wie über die Auslegung des Art. überhaupt sind die Erläuterungen zu Art. 224 zu vergleichen.

II. Wenn der Art. 190 vorschreibt, daß in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages jede Aktie dem Inhaber eine Stimme gewähren soll, so folgt daraus auch, daß unter der Generalversammlung der Kommanditisten bei der Aktienkommanditgesellschaft lediglich die Generalversammlung der Aktienbesitzer zu verstehen ist. Wenn also der persönlich haftende Gesellschafter Aktien seiner Gesellschaft besitzt, so ist er nach Maßgabe seines Aktienbesitzes auch stimmberechtigt in der Generalversammlung[1]. Besitzt er dagegen keine Aktien, sei es, weil ihm für seine Einlagen in die Gesellschaft keine Aktien ausgefertigt worden sind (Art. 181), oder weil er überhaupt keine Einlagen gemacht und Aktien auch nicht anderweitig erworben hat, so hat derselbe auch kein Stimmrecht in der Generalversammlung.

Sind die Aktien, welche der persönlich haftende Gesellschafter besitzt, oder eine bestimmte Anzahl dieser Aktien durch den Gesellschaftsvertrag für unveräußerlich erklärt und bei der Gesellschaft deponirt, so wird durch diese Beschränkung an dem Stimmrechte des Gesellschafters rücksichtlich dieser Aktien nichts geändert. Denn nicht der Umstand ist für das Stimmrecht in der Generalversammlung entscheidend, ob die Aktien frei veräußerlich sind oder nicht, sondern lediglich der Umstand, ob Jemand Aktien besitzt oder nicht. Der Besitz einer Aktie, nicht die Veräußerlichkeit derselben, verleiht das Stimmrecht.

Diese Grundsätze gelten auch für das Stimmrecht der Mitglieder des Aufsichtsrathes, welchen die Statuten in der Regel die Verpflichtung auferlegen, daß sie eine bestimmte Anzahl von Aktien besitzen und für die Dauer ihrer Funktion bei der Gesellschaft deponiren sollen[2]. Auch

---

[1]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 173 (S. 404 Anm. 4) und 181 §. III. In den Statuten ist der Zweifel hierüber in der Regel dadurch beseitigt, daß das Stimmrecht in der Generalversammlung ganz allgemein „jedem Inhaber von Aktien" oder „jedem Besitzer von Aktien" zugesprochen ist. Die Statuten können auch das Stimmrecht der persönlich haftenden Gesellschafter beschränken, ist dies jedoch nicht geschehen, so verbleibt es bei den im Texte angegebenen Grundsätzen. Die besonderen Bestimmungen der Art. 180 und 195 bleiben daneben unverändert bestehen, worüber die Erläuterungen zu Art. 180 zu vergleichen sind.

[2]) S. oben zu Art. 181.

für diese Aktien behalten die Mitglieder des Aufsichtsrathes ihr Stimmrecht.

III. Insoferne der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung und über die Berechnung der Stimmenmehrheit nicht enthält, erfolgen sämmtliche Beschlüsse der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Bevollmächtigte vertretenen Aktienbesitzer nach Verhältniß ihres sich aus dem Aktienbesitze jedes einzelnen ergebenden Stimmrechtes. Die Abwesenden sind an die Beschlüsse der Mehrheit gebunden, vorausgesetzt, daß die Versammlung in statutenmäßiger Weise berufen war. Ausnahmen hiervon können durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden [3]).

Art. 191.

Der Aufsichtsrath kann das erste Mal nicht auf länger als ein Jahr, später nicht auf länger als fünf Jahre gewählt werden.

Insoweit die Wahl auf einen längeren Zeitraum geschieht, ist dieselbe ohne rechtliche Wirkung.

---

[3]) Die Statuten enthalten in der Regel sehr ausführliche Bestimmungen über die Generalversammlung, über die Aufstellung der Tagesordnung, über die Berufung und Leitung und über die Beschlußfähigkeit derselben, sowie über die Form und Gültigkeit der in der Versammlung gefaßten Beschlüsse. Viele Statuten enthalten auch die Bestimmung, daß über die Verhandlungen der Generalversammlung ein notarielles Protokoll aufgenommen und daß dasselbe in einer bestimmt vorgeschriebenen Weise geführt und unterzeichnet werden soll. Vgl. das Statut der Berliner Diskontogesellschaft Art. 82: „Das Protokoll wird notariell aufgenommen; es ist von dem Vorsitzenden, den Scrutatoren und den anwesenden Mitgliedern der Direktion und des Verwaltungsrathes zu unterzeichnen. In das Protokoll werden nicht die Diskussionen, sondern nur die Resultate der Verhandlungen aufgenommen; auch ist die Angabe der Namen wie auch der Zahl der stillen Theilhaber (Aktienbesitzer), welche an der Generalversammlung theilnehmen, nicht erforderlich, sondern nur die statutenmäßig geschehene Bekanntmachung unter Angabe der öffentlichen Blätter, durch welche sie erlassen wurde, von den anwesenden Mitgliedern der Direktion und des Verwaltungsrathes, sowie vom Notar im Protokolle zu bescheinigen". S. auch oben zu Art. 177 Ziff. 3 über die Wahl des Aufsichtsrathes.

Pr. Entw. Art. 158. — I. Entw. Art. 167. — II. Entw. Art. 179. — Prot. S. 379, 1121.

S. die Erläuterungen zu Art. 175 Ziff. 6 und zu Art. 177 Ziff. 3. Durch die Bestimmungen des Artikels soll verhindert werden, daß die Aktionäre an einen nicht geeigneten Aufsichtsrath auf lange Zeit gebunden bleiben.

Art. 192.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrathes darf eine Vergütung für die Ausübung ihres Berufes nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluß der Generalversammlung der Kommanditisten bewilligt werden.

Ist die Vergütung früher, oder in einer anderen als der vorstehenden Weise bewilligt, so ist diese Festsetzung ohne rechtliche Wirkung.

Preuß. Entw. Art. 158. — I. Entw. Art. 168. — II. Entw. Art. 180. — Prot. S. 379, 1121.

Art. 193.

Der Aufsichtsrath überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen ihrer Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Preuß. Entw. Art. 165. — I. Entw. Art. 173. — II. Entw. Art. 181. — Prot. S. 385, 1125.

Der einzelne Kommanditist hat bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht die im Art. 160 bezeichneten Rechte, statt dessen stehen die im Art. 193 erwähnten weiter gehenden Befugnisse dem Aufsichtsrathe als dem

Vertreter der Gesammtheit zu[1]). Diese Befugnisse können durch den Gesellschaftsvertrag noch vermehrt werden und es besteht hierfür nicht einmal die für den einfachen Kommanditisten, welcher sich der persönlichen Haft nicht aussetzen will, durch die Bestimmung des Art. 167 Abs. 3 gezogene Grenze, da diese letztere Bestimmung auf die Kommandit-Aktionäre nicht anwendbar ist (Art. 196).

Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrathes wird in der Regel durch die Statuten festgestellt, wobei insbesondere darauf zu achten ist, welche Befugnisse dem Vorsitzenden des Aufsichtsrathes beigelegt sind, und für welche Zeitdauer demselben der Vorsitz übertragen ist.

Art. 194.

Der Aufsichtsrath ist ermächtigt, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschließt.

Jeder Kommanditist ist befugt, als Intervenient in den Prozeß auf seine Kosten einzutreten.

Handelt es sich um die eigene Verantwortlichkeit des Aufsichtsrathes, so kann letzterer ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen.

Preuß. Entw. Art. 167. — I. Entw. Art. 175. — II. Entw. Art. 182. — Protok. S. 386 f., 1125 f.

Art. 195.

Wenn die Kommanditisten selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auftreten wollen oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes einen Prozeß zu führen haben, so werden sie

---

[1]) v. Hahn (zu Art. 193) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die gesetzlichen Befugnisse des Aufsichtsrathes in Hinsicht der Kassenrevision sogar noch weiter gehen als die Befugnisse eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters (Art. 105).

durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Generalversammlung gewählt werden.

Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen.

Jeder Kommanditist ist befugt, als Intervenient in den Prozeß auf seine Kosten einzutreten.

Preuß. Entw. Art. 168. — I. Entw. Art. 176. — II. Entw. Art. 183. — Protok. S. 387, 1126.

Die Bestimmungen des Art. 194 über die Legitimation des Aufsichtsrathes zur Führung der von der Generalversammlung beschlossenen Prozesse kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Gesammtheit der Kommanditisten als die verklagte Partei erscheint und die Generalversammlung sich auf den Prozeß einzulassen beschließt, so wie überhaupt in allen denjenigen Fällen, in welchen die Generalversammlung vor Gericht handelnd aufzutreten beschließt. Jedoch sind die Kommandit-Aktionäre nicht verpflichtet, sich bei ihren Prozessen und gerichtlichen Schritten stets durch den Aufsichtsrath vertreten zu lassen, vielmehr können sich dieselben hierbei auch durch besondere Bevollmächtigte vertreten lassen, welche in einer Generalversammlung zu wählen sind (Art. 195) [1]).

Machen einzelne Kommanditisten von ihrer Befugniß zur selbständigen Intervention in einen Prozeß der Gesammtheit Gebrauch, so thun sie dies insoferne auf ihre eigenen Kosten, als sie keinen Ersatz derselben von der Gesellschaft verlangen können. Hinsichtlich der Frage dagegen, ob sie einen Kostenersatz vom Prozeßgegner fordern können, verbleibt es bei den gewöhnlichen prozessualischen Vorschriften [2]).

Art. 196.

Die Gesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten. Zur Behändigung von Vorladungen

---

[1]) Der Art. 195 findet hauptsächlich dann Anwendung, wenn kein Aufsichtsrath vorhanden ist, oder wenn derselbe die Führung des Prozesses verweigert. Vgl. Weinhagen in Busch' Archiv Bd. VI S. 482.

[2]) Protok. S. 386.

und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Die Bestimmung des Art. 167 in Betreff des Kommanditisten, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, findet bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien keine Anwendung.

Preuß. Entw. Art. 163, 169. — I. Entw. Art. 171. — II. Entw. Art. 184. — Prot. S. 385, 387, 1124, 1126.

I. Wie die einfache Kommanditgesellschaft so wird auch die Aktienkommanditgesellschaft nach Außen nur durch die persönlich haftenden Gesellschafter vertreten, worüber die Erläuterungen zu Art. 167 zu vergleichen sind. Dem persönlich haftenden Gesellschafter stehen Dritten gegenüber alle diejenigen Befugnisse zu, welche einem offenen Handelsgesellschafter in Angelegenheiten der offenen Gesellschaft zustehen. Ist einem persönlich haftenden Gesellschafter die Vertretungsbefugniß entzogen, so muß die Entziehung in das Handelsregister eingetragen werden, wenn sie Dritten gegenüber rechtliche Wirkung haben soll [1]; dasselbe gilt von der Einführung der Kollektivvertretung, wenn mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind [2]. Die Kollektivvertretung findet sich bei Aktienkommanditgesellschaften besonders häufig, man erblickt in derselben ein wirksames Korrektiv gegen die weitgehenden Befugnisse eines einzelnen persönlich haftenden Gesellschafters [3].

Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugniß der persönlich haftenden Gesellschafter als die im Art. 86 Ziff. 4 erwähnten können auch bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen werden und haben Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung, wenngleich sie im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander sehr wohl verbindlich sein können [4]. Dies gilt insbesondere von den zahlreichen statutarischen Bestimmungen, nach welchen die persönlich haftenden Gesellschafter zu gewissen Geschäften die Genehmigung des Aufsichts- oder Ver-

[1]) Siehe die Erläuterungen zu Art. 86 Ziff. 4, 87, 99, 101, 115.

[2]) Vgl. S. 91 bis 96, 184 bis 186 dieses Bandes.

[3]) Von den 19 Kommanditgesellschaften auf Aktien, welche am Schlusse des Jahres 1869 in Berlin bestanden, und in das Handelsregister eingetragen waren, fand bei zehn die Kollektivvertretung durch zwei oder durch je zwei persönlich haftende Gesellschafter statt, nur bei neun Gesellschaften stand die Vertretung einem einzelnen Komplementar zu.

[4]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 116 S. 248 f.

waltungsrathes einholen sollen. Je weniger die Befugnisse der persönlich haftenden Gesellschafter Dritten gegenüber beschränkt werden können, desto mehr suchen die Statuten der Aktienkommanditgesellschaften diese Befugnisse wenigstens nach Innen zu beschränken, indem sie den Komplementaren die Verpflichtung auferlegen, gewisse besonders wichtige Geschäfte nicht ohne Genehmigung des Aufsichtsrathes abzuschließen, das Verhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter nach Innen steht deshalb nicht selten im scharfen Gegensatze zu ihrer rechtlichen Stellung nach Außen [5]).

Ueber die bei einzelnen Aktienkommanditgesellschaften getroffene Einrichtung, zufolge deren ein persönlich haftender Gesellschafter nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen der Gesellschaft die Firma zeichnen soll, s. die Erläuterungen zu Art. 104 [6]).

Ueber die Vertretung der Gesellschaft in gerichtlichen Angelegenheiten (Prozeßvollmachten und Eide der Gesellschaft, Insinuation von Vorladungen an dieselbe), namentlich im Falle der Kollektivvertretung, s. die Erläuterungen zu Art. 117.

---

[5]) Es liegt in der Natur der Verhältnisse, daß die Statuten in der Aufzählung der der Genehmigung des Aufsichtsrathes unterworfenen Geschäfte erheblich von einander abweichen, je nach dem Zwecke und nach der individuellen Lage der einzelnen Gesellschaften. Am häufigsten wird die Aufnahme von Anleihen, sowie die Veräußerung und der Erwerb von Immobilien unter jenen Geschäften erwähnt, bei einigen Gesellschaften kommt noch die Ernennung von Prokuristen hinzu. Einzelne Statuten leisten in der Aufzählung solcher Beschränkungen fast Unglaubliches, z. B. dann, wenn sie die Genehmigung des Aufsichtsrathes auch für die Anstellung von Commis vorschreiben.

[6]) S. 206 bis 211 dieses Bandes, wo ausgeführt ist, daß eine solche Beschränkung weder mit dem gesetzlichen Inhalte der Prokura noch mit der rechtlichen Stellung der Prinzipale vereinbar ist, daß dagegen der beabsichtigte wirthschaftliche und rechtliche Zweck, die Anordnung einer Stellvertretung für einen abwesenden oder verhinderten persönlich haftenden Gesellschafter bei der kollektiven Firmazeichnung, durch die Aufstellung eines stellvertretenden Handlungsbevollmächtigten erreicht werden kann. Dieses letztere Verfahren ist bereits bei einigen neueren Aktienkommanditgesellschaften angewandt worden, so bei der Gesellschaft „Berliner Aquarium", nach deren Statuten die Firma durch die beiden persönlich haftenden Gesellschafter gemeinschaftlich oder aber durch einen persönlich haftenden Gesellschafter und einen Handlungsbevollmächtigten gezeichnet wird, ferner bei der Berliner Gesellschaft „Westend", bei welcher in Verhinderungsfällen eines persönlich haftenden Gesellschafters jedes Mitglied des Aufsichtsrathes zur Vertretung desselben (bei der kollektiven Geschäftsführung) befugt ist.

II. Dem einfachen Kommanditisten ist es zwar gestattet, als Prokurist oder Bevollmächtigter der Gesellschaft für die letztere Geschäfte zu schließen, derselbe muß jedoch, wenn er nicht die persönliche Haft aus diesen Geschäften übernehmen will, beim Abschlusse der Geschäfte ausdrücklich erklären, daß er nur kraft Auftrages handele (Art. 167). Gibt er diese Erklärung nicht ab, so gerirt er sich wie ein offener Gesellschafter und haftet aus den abgeschlossenen Geschäften persönlich. Der Zweck dieser Bestimmung geht dahin, das Publikum vor Täuschungen zu bewahren, welche daraus entstehen können, daß der Kommanditist sich bald als solcher, bald als offener Gesellschafter gerirt. Die Gefahr einer solchen Täuschung liegt aber bei der Aktienkommanditgesellschaft viel weniger vor, der Kommanditaktionär, welcher im Auftrage der Gesellschaft handelt, kann von Dritten um so weniger für einen persönlich haftenden Socius gehalten oder mit einem solchen verwechselt werden, als die Thatsache, daß der handelnde Aktionär an der Gesellschaft betheiligt ist, überall nicht aus dem Handelsregister ersichtlich ist. Denn die Namen der Kommanditaktionäre werden in das Handelsregister nicht eingetragen und der Besitz der Aktien kann fortwährend wechseln.

Art. 197.

Die Einlagen können den Kommanditisten, so lange die Gesellschaft besteht, nicht zurückgezahlt werden.

Zinsen von bestimmter Höhe können für die Kommanditisten nicht bedungen noch ausgezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitales bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuß ergibt.

Die Kommanditisten haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit sie diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben; sie sind jedoch nicht verpflichtet, die in gutem Glauben bezogenen Dividenden zurückzuzahlen.

Preuß. Entw. Art. 174, 179. – I. Entw. Art. 180. — II. Entw. Art. 185. — Prot. S. 387, 1127.

Ueber die theilweise Zurückzahlung (Reduktion) des Aktienkapitales siehe die Erläuterungen zu Art. 248.

Der Abs. 2 des Art. dehnt das im Art. 217 enthaltene Verbot der Zusicherung fester Zinsen an die Aktionäre auch auf die Aktienkommanditgesellschaft aus und zwar ohne die im Art. 217 zugelassene Ausnahme rücksichtlich des Zeitraumes, welchen die Vorbereitung des Unternehmens erfordert.

Ueber die Haft der Kommanditaktionäre, wenn und insoweit sie ungesetzliche Zahlungen von Zinsen und Dividenden in Empfang genommen haben, s. die Erläuterungen zu Art. 165 Abs. 5 und 6, über den guten Glauben bei der Empfangnahme s. die Erläuterungen zu Art. 218.

Art. 198.

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bedarf zu ihrer Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Abfassung, sowie der staatlichen Genehmigung.

Der abändernde Vertrag und die Genehmigungsurkunde müssen in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden (Art. 176, 179).

Der abändernde Vertrag hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

II. Entwurf Art. 186. — Protok. S. 1179, 1183 f., 4656, 4662.

I. Was von der Errichtung des Gesellschaftsvertrages gilt, gilt auch von der Abänderung desselben, die Abänderung ist ungültig, wenn sie nicht in notarieller oder gerichtlicher Form erfolgt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand, auf welchen die Abänderung sich bezieht, in den Statuten bereits als abänderungsfähig bezeichnet ist oder nicht.

Ueber die Frage, wer die Abänderung beschließen dürfe, ob die Generalversammlung oder der Aufsichtsrath, und ob sie mit oder ohne Genehmigung der persönlich haftenden Gesellschafter beschlossen werden könne, entscheiden zunächst die Statuten der Gesellschaft. Fehlt es an solchen Bestimmungen, so kann die Abänderung nur durch die Mehrheit der statutenmäßig berufenen Generalversammlung (Art. 190) unter Zustim-

mung der persönlich haftenden Gesellschafter erfolgen und es ist über beide Thatsachen eine notarielle oder gerichtliche Verhandlung aufzunehmen [1]).

Betrifft die Abänderung eine Erhöhung des Aktienkapitales, so müssen bei der Anmeldung zum Handelsregister die Vorschriften des Art. 177 Ziff. 1 und 2 eingehalten werden [2]). Daß übrigens die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden kann, wenn die Statuten dies nicht ausdrücklich gestatten, ergibt sich nicht blos aus der analogen Anwendung des Art. 215 des HGB., sondern aus der Natur des Gesellschaftsvertrages.

Wo zur Errichtung einer Aktienkommanditgesellschaft staatliche Genehmigung erforderlich ist, ist dieselbe auch zu jeder Statutenänderung erforderlich [3]).

II. Der Abs. 3 des Art. spricht der Abänderung, bevor sie in das Handelsregister eingetragen ist, die rechtliche Wirkung ab. Dies bezieht sich jedoch nur auf das Verhältniß nach Außen, nicht auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander, denn die unterlassene Eintragung der im Uebrigen gültig zu Stande gekommenen Abänderung des Gesellschaftsvertrages kann keine anderen Folgen nach sich ziehen als die unterlassene Eintragung der Errichtung der Gesellschaft. Ist die Abänderung nicht in das Register eingetragen, so besteht sie zwar nach Innen, allein Dritten gegenüber kann sich weder die Gesellschaft als solche noch ein einzelnes Mitglied derselben auf die Abänderung berufen, Dritten gegenüber erlangt die Abänderung ihre rechtliche Wirkung erst durch die Eintragung [4]).

Art. 199.

Das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters in Folge gegenseitiger Uebereinkunft (Art. 123 Ziff. 4) ist während des Bestehens der Gesellschaft unstatthaft.

Eine solche Uebereinkunft steht der Auflösung der Gesellschaft gleich; zu derselben bedarf es der Zustimmung einer Generalversammlung der Kommanditisten.

I. Entw. Art. 172. — II. Entw. Art. 187. — Prot. S. 384, 385, 1123 f., 1128 f.

I. Der Art. macht die Zulässigkeit des Austrittes eines Komple-

---

[1]) Ueber die Form der Protokolle der Generalversammlung s. S. 449 Anm 3.
[2]) Lesse in Busch' Archiv Bd. III S. 187.
[3]) S. die Erläuterungen zu Art. 174 Abs. 1.
[4]) Vgl. S. 422 und 428 §. I, zu Art. 175 und 177.

ments während bestehender Gesellschaft von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig, oder mit anderen Worten: die vorzeitige und nicht vertragsmäßige Kündigung eines Komplementars erlangt rechtliche Wirkung erst durch die Acceptation derselben Seitens der Generalversammlung. Sind also mehrere Komplementare vorhanden, so daß im Verhältnisse derselben unter einander die Bestimmungen über die offene Gesellschaft zur Anwendung kommen, so genügt es nicht, daß die Kündigung (der Austritt) eines oder mehrerer von ihnen mit Zustimmung der übrigen persönlich haftenden Gesellschafter erfolgt, sondern es muß noch die Zustimmung der Kommanditisten hinzukommen, jedoch nicht die individuelle Zustimmung der einzelnen, diese werden vielmehr auch hierbei lediglich durch die statutenmäßig berufene Generalversammlung vertreten, deren Mehrheit die Zustimmung ertheilt oder verweigert. Stimmt die Generalversammlung nebst den übrigen persönlichen Gesellschaftern, wenn solche vorhanden sind, dem Austritte zu, so tritt damit zugleich die Auflösung der Gesellschaft ein, es ist eine Auflösung in Folge gegenseitiger Uebereinkunft (Art. 123 Ziff. 4[1]).

II. Diese Bestimmungen sind jedoch insoferne nur subsidiärer Natur, als hinsichtlich des Austrittes eines persönlich haftenden Gesellschafters zunächst die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zur Anwendung zu bringen sind, und zwar sowohl hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Austritte eines persönlich haftenden Gesellschafters überhaupt gestattet ist, als hinsichtlich der Frage, ob die Gesellschaft auch nach einem solchen Austritte noch fortbestehen soll. Nach beiden Richtungen können in Folge der besonderen Bestimmungen der Statuten Abweichungen von der gesetzlichen Regel begründet sein. Folgende Grundsätze kommen in dieser Beziehung zur Anwendung.

1) Einer Zustimmung der Generalversammlung sowie der etwa vorhandenen übrigen Komplementare bedarf der Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters dann nicht, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist und der Austretende nur sein vertragsmäßiges oder gesetzliches Kündigungsrecht ausübt, vielmehr kommen dann die Bestimmungen in Art. 123 Ziff. 6 und Art. 124 zur Anwendung[2]).

---

[1]) Der Art. 123 Ziff. 4 ist im Art. 199 wahrscheinlich an der unrechten Stelle citirt, das Citat steht im Abs. 1 des Art., während es in den zweiten Absatz gehört.

[2]) Bei der zweiten Lesung wurde deshalb vorbehaltlich der Redaktion folgender Zusatz zum Art. 199 angenommen: „Zur Kündigung einer auf unbestimmte Dauer eingegangenen Gesellschaft von Seiten

2) Das Kündigungsrecht kann in den Statuten auch in der umgekehrten Weise geregelt sein, nämlich so, daß die Gesellschaft, also die in den Statuten zu diesem Zwecke bezeichneten Organe derselben dem persönlich haftenden Gesellschafter kündigen und dessen Austritt fordern können[3]). Wer auf Grund solcher Statuten als persönlich haftender Gesellschafter in eine Gesellschaft eintritt, unterwirft sich damit auch der gegen ihn auszusprechenden Kündigung.

3) Wenn die Statuten einer Aktienkommanditgesellschaft bestimmen, daß die Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern, also unter den übrigen Komplementaren und den Kommanditisten fortgesetzt werden soll, so endigt nach der Bestimmung des Art. 127 die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausgeschiedenen, im Uebrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten. Daß ein solches Ausscheiden bei gleichzeitigem Fortbestande der Gesellschaft rechtlich überhaupt möglich ist, geht schon aus der Schlußbestimmung des Art. 181 hervor[4]), ohne daß jedoch in dieser letzteren Bestimmung die rechtlichen Voraussetzungen dieses Verhältnisses näher angegeben sind.

In einem solchen Falle findet keine Liquidation der Gesellschaft statt, weil die Gesellschaft überhaupt nicht aufgelöst ist, sondern die Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen findet statt auf Grund der vertragsmäßigen Bestimmungen[5]), sowie der Art. 130 und 131, letzteres je-

---

des verantwortlichen Gesellschafters bedarf es der Zustimmung der Generalversammlung nicht." (Protok. S. 1133). Dieser Zusatz ist wohl nur deshalb nicht in die Schlußredaktion des zweiten Entwurfes (Art. 187) aufgenommen worden, weil sein Inhalt in der That völlig selbstverständlich ist.

[3]) Dies ist der Fall nach den Statuten der Berliner Diskontogesellschaft Art. 55: „Die Bedingungen in Betreff der Dauer, der Kündigung und des Aufhörens der Funktionen eines Geschäftsinhabers werden bei dessen Eintritt von ihm mit den übrigen Geschäftsinhabern und dem Verwaltungsrathe vereinbart. Durch diese Vereinbarung kann jedoch dem Verwaltungsrathe das ihm zustehende Recht nicht entzogen werden, einem Geschäftsinhaber jederzeit zu kündigen. Ein solcher Beschluß kann nur mit einer Majorität von wenigstens zehn Mitgliedern und, wenn dadurch die Auflösung des Vertrages innerhalb dreier Monate oder gar sofort bewirkt werden soll, mit einer Majorität von wenigstens zwölf Mitgliedern des Verwaltungsrathes gefaßt werden".

[4]) Aus den Worten: „so lange die letzteren in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen".

[5]) Statut der Berliner Diskontogesellschaft Art. 56: „Wenn ein Geschäftsin-

doch nur mit denjenigen Modifikationen, welche sich aus der Natur der Aktienkommanditgesellschaft und aus den Statuten der einzelnen Gesellschaften ergeben. Nach den Statuten und Verträgen ist namentlich auch die Frage zu entscheiden, ob der ausscheidende Komplementar für seinen Geschäftsantheil eine Summe in baarem Gelde oder nicht vielmehr die auf seinen Antheil fallenden Aktien erhält, welche vorher entweder noch nicht ausgefertigt oder bei der Gesellschaftskasse deponirt waren [6]).

Solche statutarische Bestimmungen über die Fortdauer der Gesellschaft können sich entweder auf einzelne bestimmte Fälle des Ausscheidens eines Komplementars, z. B. nur auf den Todesfall oder auf den freiwilligen Austritt, oder auf sämmtliche Fälle des Ausscheidens beziehen, und die letztere Bedeutung hat die Bestimmung schon dann, wenn sie nicht ausdrücklich auf bestimmte Fälle eingeschränkt ist. Die Gesellschaft wird dann auch in dem Falle fortgesetzt, wenn einer der persönlich haftenden Gesellschafter in Folge seiner von der Generalversammlung acceptirten Kündigung austritt, denn auf den Grund und die Veranlassung des Austrittes kommt es gegenüber der im Gesellschaftsvertrage enthaltenen allgemeinen Festsetzung über die Fortdauer der Societät nicht mehr an, und der von der Generalversammlung acceptirte freiwillige Austritt eines der Komplementare kann hier so wenig ausgenommen werden wie die dem Komplementar statutenmäßig oder gesetzlich zustehende Kündigung bei einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer. Der Art. 127 macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied, sondern umfaßt sämmtliche Fälle des Ausscheidens eines persönlich haftenden Gesellschafters. Daß aber der Art. 127 in dieser Weise überhaupt auf die Aktienkommanditgesellschaft Anwendung findet, geht aus Art. 200 hervor, in welchem bestimmt ist, daß die Art. 123 bis 128 des HGB. auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gelten sollen, vorbehaltlich der im Art. 200 selbst angegebenen, nicht die persönlich haftenden Gesellschafter sondern nur die Kommanditisten betreffenden Ausnahmen. Im Art. 199 ist hinsichtlich der Auflösung der Gesellschaft lediglich ein Prinzip ausgesprochen, welches, wie dies auch bei den übrigen Auflösungsgründen der Fall ist. die aus Art. 127 sich ergebende statutarische Modifikation nicht ausschließt. Die Annahme, daß der Art. 127 in dem im Art. 199 berührten Falle des freiwilligen Austrittes eines Komplementars nicht anwendbar sei, steht mit

---

haber durch Tod oder in anderer Weise austritt, so soll der ihm zukommende Gewinnantheil nach erfolgter Feststellung der Bilanz des Jahres, in welchem der Austritt erfolgt ist, normirt werden".

[6]) S. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 1 und zu Art. 181.

der im Art. 200 ausgesprochenen allgemeinen Anwendbarkeit der Art. 123 bis 128 im Widerspruch [7]).

---

[7]) Vgl. Wolff im Centralorgan N. F. Bd. V S. 478, Esser ebendas. Bd. IV S. 161. A. M. v. Hahn zu Art. 199 §. 2, welcher der in Art. 127 erwähnten Verabredung im Falle des Art. 199 keine Wirkung beilegt, denn wenn nach Hahn a. a. O. eine solche Verabredung dann so aufgefaßt werden soll, als ob die Auflösung der Gesellschaft verabredet worden wäre, so heißt dies mit anderen Worten: die in Art. 127 erwähnte Verabredung findet auf den Fall des Art. 199 keine Anwendung und die Auflösung der Gesellschaft kann im letzteren Falle auch durch jene Verabredung nicht verhindert werden. Gegen diese Auffassung, welche in mehr oder weniger bestimmter Weise von der Mehrzahl der Schriftsteller getheilt wird, spricht die im Texte hervorgehobene Fassung des Art. 200. Die Nürnberger Berathungen geben über diese Frage nur ungenügenden Aufschluß, weil gerade hier die Ansichten sehr auseinander gingen und in Folge dessen eine gewisse Unklarheit im Resultate gar nicht zu vermeiden war. Es wiederholte sich hier die Erscheinung, auf welche bereits in der Einleitung zu diesem Abschnitt aufmerksam gemacht worden ist, daß nämlich einer erheblichen Anzahl von Mitgliedern der Kommission die Kommanditgesellschaft auf Aktien aus praktischer Anschauung nicht bekannt war und nicht bekannt sein konnte, während gleichzeitig auch die damalige Rechtsliteratur wenig oder keinen Aufschluß über das in Deutschland lange Zeit hindurch fremde Institut bot. Hieraus erklären sich die vielen inneren Widersprüche, welche in der Debatte über diesen Abschnitt zu Tage getreten sind. Es kommt hinzu, daß der Art. 199 des HGB. nicht einmal in der Fassung aufgenommen ist, in welcher derselbe in der zweiten Lesung beschlossen war, denn nach diesen Beschlüssen (Prot. S. 1132, 1133) sollte der Art. mit dem Satze beginnen: „Ueber die Befugniß eines verantwortlichen Gesellschafters zum Austritt aus der Gesellschaft entscheidet zunächst der Gesellschaftsvertrag". In der gerichtlichen Praxis ist die im Texte behandelte Frage bisher nur in der Form zur Entscheidung gekommen, daß einzelne Aktienkommanditgesellschaften den statutenmäßigen Austritt eines von mehreren Komplementaren zur Eintragung in das Handelsregister anmeldeten, eine Anmeldung, wodurch zugleich die statutenmäßige Fortdauer der Gesellschaft gewahrt werden sollte, wobei jedoch nur diejenigen Fälle in Betracht kommen, in welchen in der Gesellschaft nach dem Wegfalle des Ausgeschiedenen immer noch wenigstens ein Komplementar vorhanden war. Einzelne Gerichte haben dem Antrage auf Eintragung statt gegeben und damit die Fortdauer der Gesellschaft anerkannt, in anderen Fällen wurde die Eintragung abgelehnt, weil die Gesellschaft durch den Austritt eines Komplementars aufgelöst sei und die statutarische Bestimmung über die Fortsetzung dem Art. 199 des HGB. gegenüber keine Gültigkeit habe. Im letzteren Sinne erkannten das Stadtgericht und das Kammergericht zu Berlin in den in

4) Scheidet ein persönlich haftender Gesellschafter aus, während die Gesellschaft selbst fortgesetzt wird, so muß das Ausscheiden oder die Ausschließung, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 150 Abs. 2 und Art. 129 Abs. 3 bis 5). Die Haft des Ausgeschiedenen, beziehungsweise die Haft seiner Erben für die vor seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erlischt erst nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist, welche wiederum nicht mit dem Tage des Ausscheidens, sondern erst mit dem Tage beginnt, an welchem das Ausscheiden oder die Ausschließung in das Handelsregister eingetragen ist (Art. 146 f.[8]). Die Bestimmungen des HGB. über die Verjährung der Klagen gegen die offenen Gesellschafter (Art. 146 f.) gelten zufolge der positiven Vorschrift des Art. 172 auch bei der Kommanditgesellschaft in Betreff aller Gesellschafter und diese Vorschrift findet auch Anwendung auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Es ergibt sich hieraus, daß die Rechte der Gläubiger beim Austritte eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht gefährdet, sondern in gesetzlicher Weise sicher gestellt sind.

5) Die in den Statuten einer Aktienkommanditgesellschaft enthaltene Bestimmung über die Fortsetzung der Gesellschaft ungeachtet des Ausscheidens oder der Ausschließung eines Komplementars kann jedoch nur dann zur Anwendung kommen, wenn von mehreren Komplementaren wenigstens noch einer vorhanden ist. Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien setzt zu ihrer Entstehung wie zu ihrer Fortsetzung das Vorhandensein mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters außer den Kommanditisten voraus. Ist also überhaupt kein persönlich haftender Gesellschafter

---

Behrend's Zeitschrift f. Gesetzgeb. in Preußen Bd. III S. 351 mitgetheilten Entscheidungen aus den J. 1868 und 1869. Dagegen ist in einem anderen Falle (Berliner Diskontogesellschaft, November 1869) die Eintragung des Austrittes eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Handelsregister des Stadtgerichtes zu Berlin zugelassen und gerichtlich publizirt worden, so daß die Fortdauer der Gesellschaft, bei welcher übrigens noch mehr als ein Komplementar vorhanden war, den Bestimmungen der Statuten entsprechend zur Anerkennung gelangt ist. (Vgl. Berliner Börsenzeitung v. 17. und 18. Nov. 1869). Die letztere Entscheidung ist nach der im Texte gegebenen Ausführung vollständig begründet; daß bei der entgegengesetzten Ansicht die Existenz und die Sicherheit vieler Aktienkommanditgesellschaften gefährdet sein kann, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Ueber den Fall in Busch' Archiv Bd. XII S. 253, welcher mit den vorerwähnten nicht identisch ist, s. die Anm. 11.

[8]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 146 bis 149.

mehr vorhanden, so ist die Gesellschaft aufgelöst und kann nicht fortgesetzt werden [9]). Verschieden hiervon ist die Frage, ob eine von den bisherigen Kommanditisten gegründete neue Kommanditgesellschaft auf Aktien, mit einem neuen Komplementar, nicht das Geschäft der aufgelösten Gesellschaft sammt der bisherigen Firma übernehmen kann. Diese Frage ist zu bejahen, jedoch muß bei der Uebertragung der Firma die Vorschrift des Art. 24 eingehalten werden, zufolge deren beim Austritte eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung der Firma nöthig ist, wenn sein Name in der Firma enthalten ist [10]).

Dies gilt insbesondere auch von dem Falle, wenn in dem Gesellschaftsvertrage einer Aktienkommanditgesellschaft bestimmt ist, daß beim Austritte des einzigen vorhandenen persönlich haftenden Gesellschafters die Gesellschaft mit einem anderen fortgesetzt werden soll. Wörtlich genommen würde eine solche Bestimmung wirkungslos und unausführbar sein, wohl aber hat dieselbe die rechtliche Bedeutung, und ist in dieser Bedeutung und Begrenzung auch rechtsverbindlich und wirksam, daß die Kommanditisten sich durch eine solche Verabredung verpflichtet haben für den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch den Wegfall des einzigen vorhandenen Komplementars eine neue Gesellschaft mit einem anderen Komplementar zu errichten, auf welche das Geschäft der gegenwärtigen Gesellschaft übertragen werden soll [11]). Eine solche Bestimmung ist auch für

---

9) Ebensowenig wie eine offene Gesellschaft dann fortgesetzt werden kann, wenn nur ein einziger Gesellschafter übrig bleibt. Vgl. S. 286 zu Art. 127.

10) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 127, S. 286 §. III.

11) Anschütz, über Aktienkommanditgesellschaften in Bekker's und Muther's Jahrbuch des gem. deutschen Rechtes Bd. I S. 332 f. Statuten der Berliner Handelsgesellschaft und des Schlesischen Bankvereines §. 40 bis 42. Statut der Berliner Diskontogesellschaft Art. 52: „Wenn ausnahmsweise nur ein Geschäftsinhaber (persönlich haftender Gesellschafter) vorhanden ist, so hat der Verwaltungsrath durch Verträge mit demselben oder in anderer Weise für unmittelbare Nachfolge zu sorgen. Jedenfalls ist die Stelle eines alleinigen Geschäftsinhabers im Falle der Erledigung von dem Verwaltungsrathe sofort wieder zu besetzen." Ob man sich bei derartigen Bestimmungen stets das Richtige gedacht hat, ob man nicht vielmehr glaubte, die Aktienkommanditgesellschaft gerade in dieser Beziehung ganz so wie eine Aktiengesellschaft behandeln zu können, ist eine andere Frage. Rechtsverbindlich sind solche Bestimmungen allerdings, jedoch nur in der im Texte angegebenen Beschränkung. In diesem Sinne spricht sich auch eine Entscheidung des Kammergerichtes zu Berlin vom 9. Oktober 1867 in Busch' Archiv Bd. XII S. 252 aus (Berliner Pferde-Eisenbahngesellschaft), in

jeden später eintretenden Kommanditisten und Erwerber von Kommanditantheilen bindend, weil sich jeder neu eintretende Gesellschafter durch seinen Eintritt den bestehenden Statuten der Gesellschaft unterwirft.

Die Wahl des neuen Komplementars und der Abschluß des Vertrages mit demselben kann dann entweder der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrathe oder bestimmten anderen Gesellschaftsmitgliedern übertragen sein. Der Einwand, daß die Kommanditisten alsdann immer noch den nachtheiligen Folgen einer Liquidation der aufgelösten Gesellschaft ausgesetzt seien, beruht auf der unbegründeten Voraussetzung, daß der Richter die Liquidation von Amtswegen und auch dann verlangen und anordnen könne, wenn keiner der Betheiligten dieselbe beantragt, eine Voraussetzung, welche in den Erläuterungen zu Art. 133 widerlegt worden ist.

Von einer Fortsetzung der Gesellschaft würde in einem solchen Falle nur dann gesprochen werden können, wenn das HGB. die Aktienkommanditgesellschaft als eine Unterart der Aktiengesellschaft aufgefaßt hätte, also als eine Aktiengesellschaft mit persönlich haftendem Vorstande. Daß eine solche Auffassung rechtlich möglich ist und daß es sich empfehlen wird, dieselbe bei einer künftigen Revision der Handelsgesetzgebung zu adoptiren und damit der Aktienkommanditgesellschaft eine andere Stelle im Systeme des Handelsrechtes anzuweisen, ist zweifellos. Nach dem gegenwärtigen Rechtszustande aber ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien eine Unterart der Kommanditgesellschaft, nicht der Aktiengesellschaft[12]), und hieraus ergibt sich die Beantwortung derjenigen Fragen, welche sich an die Auflösung der Gesellschaft knüpfen.

Art. 200.

Wenn ein Kommanditist stirbt, oder in Konkurs verfällt, oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Der Art. 126 findet in Bezug auf die Privatgläubiger eines Kommanditisten keine Anwendung. Im Uebri-

---

welcher jedoch die Bezugnahme auf Art. 199 nicht zu billigen ist. (Vgl. Anm. 7.)

[12]) Vgl. auch S. 403. Anm. 1.

gen gelten die Art. 123 bis 128 auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Protok. S. 4648.

Der Art. dehnt die im Art. 170 über die Auflösung der einfachen Kommmanditgesellschaft enthaltenen Bestimmungen auch auf die Aktienkommanditgesellschaft aus, jedoch mit zwei wesentlichen Aenderungen durch welche sich der Art. 200 vom Art. 170 unterscheidet. Es soll nämlich 1) die Aktienkommanditgesellschaft durch den Konkurs eines Kommanditisten (Aktionärs) nicht aufgelöst werden, während die einfache Kommanditgesellschaft dadurch allerdings aufgelöst wird [1]). Für diese, erst in der dritten Lesung eingeschaltete Bestimmung hat man sich auf die Veräußerlichkeit der Kommanditaktien berufen; die Konkursgläubiger eines Kommanditaktionärs haben in der veräußerlichen Aktie ihres Schuldners ein leicht realisirbares Exekutionsobjekt, welches sie zu ihrer unmittelbaren Befriedigung verwenden können, ohne daß es der Auflösung der Gesellschaft bedarf [2]). Aus demselben Grunde ist 2) auch abgesehen vom Konkurse den Privatgläubigern eines Kommanditaktionärs die im Art. 126 (und im Art. 132) erwähnte Befugniß entzogen, weil sie dieser Befugniß nicht bedürfen, um zu ihrer Befriedigung aus dem Vermögen ihres Schuldners zu gelangen. Man hat jedoch hierbei übersehen, daß nach Art. 182 die Kommanditaktien nur insoweit veräußerlich sind, als der Gesellschaftsvertrag nicht ein Anderes bestimmt, daß also, wenn letzteres der Fall ist, die Privatgläubiger eines Kommanditaktionärs in Bezug auf den Geschäftsantheil des letzteren geringere Rechte haben als diejenigen eines einfachen Kommanditisten.

Im Uebrigen sollen die Art. 123 bis 128 auch für die Aktienkommanditgesellschaft gelten, mithin auch der Art. 127, worüber die Erläuterungen zu Art. 199 zu vergleichen sind. Soweit es sich bei den einzelnen Auflösungsgründen um Befugnisse der Kommanditisten handelt (Art. 123 Ziff. 4 und 6, Art. 128), so werden dieselben durch die Generalversammlung ausgeübt, insoferne sie nicht im Gesellschaftsvertrage dem Aufsichtsrathe übertragen sind [3]). Dies gilt von der Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Uebereinkunft (Art. 123 Ziff. 4), von der Auflösung durch Kündigung (Art. 123 Ziff. 6 und 125) und von dem Be-

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 170.

[2]) Ueber die Arrestanlage auf Namenaktien s. das Archiv f. Civil- und Kriminalrecht der Rheinprovinz (Köln) Bd. 54 S. 152.

[3]) Eine statutarische Bestimmungen der letzteren Art. s. oben S. 459 Anm. 3.

schlusse, gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter auf Ausschließung zu klagen (Art. 128), welcher Beschluß, da er die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft voraussetzt, aus den zu Art. 170 (S. 389) und zu Art. 199 (S. 462) angegebenen Gründen übrigens nur dann ausführbar ist, wenn mindestens noch ein persönlich haftender Gesellschafter übrig bleiben würde, mit welchem die Gesellschaft fortgesetzt werden kann.

Kommt es auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zum Prozesse gegen einen Komplementar, so wird derselbe zufolge der Bestimmung des Art. 194 durch den Aufsichtsrath geführt, der einzelne Kommanditaktionär ist nur befugt, als Intervenient aufzutreten (s. Art. 194, 195).

Art. 201.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft geschieht, in das Handelsregister eingetragen werden.

Diese Eintragung muß selbst dann geschehen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird.

Preuß. Entw. Art. 175. — I. Entw. Art. 181. — II. Entw. Art. 188. — Protok. S. 388, 1127.

S. die Erläuterungen zu Art. 129 und zu Art. 203, sowie hinsichtlich der Förmlichkeiten der Anmeldung und Eintragung die Erläuterungen zu Art. 151 bis 155.

Art. 202.

Bei der Auflösung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, welche außer dem Falle der Eröffnung des Konkurses erfolgt, darf die Vertheilung des Vermögens unter die Gesellschafter nicht eher vollzogen werden, als nach Verlauf eines Jahres von dem Tage an gerechnet, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist.

Die aus den Handelsbüchern der Gesellschaft ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlasse aufzufordern, sich zu melden; unterlassen sie

dies, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich niederzulegen.

Das Letztere muß auch in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen geschehen, sofern nicht die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibt, oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit gestellt wird.

Pr. Entw. Art. 175. — I. Entw. Art. 182. — II. Entw. Art. 189. — Prot. S. 366, 388, 1127.

Die Auflösung der Aktienkommanditgesellschaft bewirkt für sich allein noch nicht das Erlöschen der Haft der einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Societät, vielmehr verjähren die Klagen der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter nur nach Maßgabe der Bestimmungen der Art. 146 bis 149, also erst in fünf Jahren vom Tage der Eintragung der Auflösung in das Handelsregister an gerechnet. Diese Bestimmungen sollen nach der positiven und rücksichtlich der Aktienkommanditgesellschaft nicht abgeänderten Vorschrift im Art. 172 auch für die Kommanditgesellschaft gelten, und zwar rücksichtlich aller Mitglieder derselben. Die persönlich haftenden Gesellschafter einer aufgelösten Kommanditgesellschaft auf Aktien haften also noch fünf Jahre lang nach Maßgabe der Art. 146 bis 149, und zwar voll und solidarisch. Dagegen kann von einer noch mindestens fünf Jahre lang fortdauernden Haft der Kommanditaktionäre nur ausnahmsweise, nämlich nur insoweit die Rede sein, als dieselben auch während bestehender Gesellschaft den Gläubigern der letzteren gehaftet haben würden, also 1) insofern ein Kommanditaktionär zu denjenigen Personen gehört, welche vor Eintragung (und Genehmigung) der Gesellschaft im Namen der letzteren gehandelt haben und mithin nach Art. 178 persönlich und solidarisch haften, oder insofern ein Kommanditaktionär 2) ungesetzliche Zahlungen an Kapital, Zinsen oder Dividenden aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten hat (Art. 197, 203) oder insofern 3) das in das Handelsregister eingetragene Aktienkapital noch nicht völlig eingezahlt, also einzelne oder sämmtliche Kommanditisten mit den Einzahlungen noch im Rückstande waren [1]).

---

[1]) Der Art. 146 Abs. 2 findet auch auf den Fall des Austrittes oder der Ausschließung eines persönlich haftenden Gesellschafters Anwendung, s. die Erläuterungen zu Art. 199 und 200. Auf den Kommanditaktionär hingegen ist jene Bestimmung aus dem Grunde nicht anwendbar, weil der Austritt desselben nicht in das Handelsregister eingetragen wird, das Register gibt

Das Gesetzbuch hat sich jedoch nicht darauf beschränkt, die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft auf die persönliche Haft der Komplementare zu verweisen, sondern es hat im Art. 202 und 204 noch besondere Bestimmungen getroffen, durch welche die Rechte der Gläubiger bei der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens sicher gestellt werden sollen. Diese Vorsichtsmaßregeln entsprechen denjenigen, welche bei der Vertheilung des Vermögens der Aktiengesellschaften angeordnet sind (Art. 245), nur mit dem Unterschiede, daß die einjährige Frist nach Art. 202 von dem Tage an gerechnet wird, an welchem die Auflösung in das Handelsregister eingetragen ist, während bei der Aktiengesellschaft die Frist erst mit dem Tage beginnt, an welchem die Bekanntmachung der Auflösung in den öffentlichen Blättern zum dritten Male erfolgt ist (Art. 245 Abs. 2). Bei der Aktiengesellschaft soll demnach die Auflösung eine noch größere Publizität erlangen, als bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien, und bei der ersteren werden die Gläubiger durch die vorgeschriebenen besonderen Bekanntmachungen direkt zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert (Art. 243) [2].

Art. 203.

Eine theilweise Zurückzahlung des Kapitales der Kommanditisten kann nur vermöge einer staatlich genehmigten Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfolgen.

Die Zurückzahlung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen geschehen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (Art. 201, 202).

II. Entwurf Art. 190. — Protok. S. 1197.

Die Vorschriften des Art. entsprechen denjenigen über die Reduktion des Kapitales einer Aktiengesellschaft, Art. 248 [1]).

---

nur die Zahl und den Betrag der Aktien, nicht aber die Namen der Kommanditaktionäre (Art. 175, 176) an und das Handelsregister wird auch nicht etwa durch das Aktienbuch der Gesellschaft ersetzt (Art. 183), dessen Bedeutung sich auf das innere Verhältniß der Gesellschaft beschränkt.

[2]) Der freiwilligen Anwendung der in Art. 243 vorgeschriebenen besonderen Bekanntmachungen und Aufforderungen bei Auflösung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien steht übrigens kein Hinderniß entgegen. Hier gilt der Grundsatz: Superflua non nocent.

[1]) So wurde das Grundkapital der „Berliner Handelsgesellschaft", Komman-

Uebrigens kann auch eine Vermehrung des Gesellschaftskapitales nur auf dem für Statutenänderungen vorgeschriebenen Wege beschlossen werden [2]). Bei der Eintragung eines solchen Beschlusses in das Handelsregister hat der Richter die Vorschrift in Art. 177 Ziff. 1 und 2 zu beobachten [3]).

Art. 204.

Die Mitglieder des Aufsichtsrathes sind gleich den persönlich haftenden Gesellschaftern solidarisch zur Erstattung geleisteter Zahlungen verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten:

1) Einlagen an die Kommanditisten zurückgezahlt, oder
2) Zinsen oder Dividenden gezahlt sind, welche nicht aus dem auf die Aktien fallenden Gewinne entnommen wurden, oder
3) die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Kapitales der Kommanditisten ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 202, 203) erfolgt ist.

Preuß. Entw. Art. 177. — I. Entw. Art. 183. — II. Entw. Art. 191. — Prot. S. 388, 1127.

Ueber die in den Einführungsgesetzen der einzelnen Staaten enthaltenen Strafbestimmungen rücksichtlich pflichtwidriger Handlungen des Aufsichtsrathes vgl. S. 425 Anm. 11.

Art. 205.

Die Liquidation erfolgt, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ein Anderes bestimmt, durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und eine oder mehrere von der Generalversammlung der Kommanditisten gewählte Personen.

Protok. S. 4649.

S. die Erläuterungen zu Art. 172. So oft es sich bei der Liqui-

---

ditgesellschaft auf Aktien, durch Beschluß der Generalversammlung vom 4. Juni 1869 auf 7,500,000 Thlr. reduzirt und diese Reduktion in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht. Berliner Börsenzeitung 9. Febr. 1870.

[2]) Vgl. auch S. 428 §. II.

[3]) Ueber solche Eintragungen bei der einfachen Kommanditgesellschaft s. Art. 171 (S. 389).

dation um eine Willensäußerung oder Zustimmung der Kommanditaktionäre handelt, so kommen dieselben nicht als Einzelne in Betracht, sondern sie werden durch die Generalversammlung vertreten; so bei den in Art. 133 und 134 erwähnten Anträgen eines Gesellschafters bei Gericht und bei der Veräußerung von Immobilien ohne öffentliche Versteigerung (Art. 137, Abs. 2). Das Mandat eines von der Generalversammlung bestellten Liquidators kann von dieser selbstständig und ohne Zustimmung der Komplementare widerrufen werden. Sind aber die Liquidatoren durch die Komplementare und die Generalversammlung gemeinschaftlich bestellt oder vom Richter ernannt worden, so gehört nach Art. 134 zur Abberufung derselben ein einstimmiger Beschluß sämmtlicher Gesellschafter, hierbei hat jeder der Komplementare eine Stimme und die Generalversammlung ebenfalls eine Stimme. Dasselbe gilt von den im Art. 140 erwähnten Anweisungen an die Liquidatoren.

Art. 206.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Kommanditgesellschaften auf Aktien im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf. In diesem Falle kommen die Bestimmungen dieses Abschnittes zur Anwendung, soweit sie die staatliche Genehmigung bei der Errichtung oder Abänderung des Gesellschaftsvertrages nicht zum Gegenstand haben; der Gesellschaftsvertrag muß jedoch die in dem Art. 175 verzeichneten Bestimmungen enthalten, bevor die in dem Art. 176 vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister erfolgen darf.

I. Entw. Art. 184. — II. Entw. Art. 192. — Protok. S. 375 f., 391 f., 1115 f., 4656 f.

Ueber die von den einzelnen Staaten getroffenen besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Staatsgenehmigung s. die Ausführungen S. 399 und 400 sowie die Erläuterungen zu Art. 174 Abs. 1.

Dritter Titel.

Von der Aktiengesellschaft.

Renaud, das Recht der Aktiengesellschaft, Leipzig 1863. — Weinhagen, Recht der Aktiengesellschaften, Köln 1866. — Fick, über Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften, in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. V. S. 1 f.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Art. 207.

Eine Handelsgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn sich die sämmtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

Das Gesellschaftskapital wird in Aktien oder auch in Aktienantheile zerlegt.

Die Aktien oder Aktienantheile sind untheilbar.

Dieselben können auf Inhaber oder auf Namen lauten.

Preuß. Entw. Art. 178. — I. Entw. Art. 185, 194. — II. Entw. Art. 193. — Prot. S. 309 f., 976, 1034.

I. Die im Abs. 1 des Art. enthaltene Definition der Aktiengesell-

schaft stellt mit Recht die beschränkte Haft der sämmtlichen Gesellschafter in den Vordergrund. In der That liegt das charakteristische Wesen dieser Gesellschaftsform hauptsächlich in der beschränkten Haft sämmtlicher Theilnehmer und viel weniger in der Zerlegung des Gesellschaftskapitales in Aktien, von welcher das Institut seinen Namen hat. Denn eine Theilung des gesammten Kapitales in eine bestimmte Anzahl gleichgroßer, in der Regel dezimaler Antheile oder Aktien, mit oder ohne Ausgabe von Antheilsscheinen oder Aktiendokumenten, ist bei sämmtlichen Arten von Gesellschaften anwendbar, bei der offenen wie bei der Kommanditgesellschaft, ohne daß dadurch die bestehenden gesetzlichen Vorschriften über die Haft der Mitglieder modifizirt werden. Die Kommanditgesellschaft wird dadurch eine Aktienkommanditgesellschaft, aber keine Aktiengesellschaft, die persönliche Haft des Komplementars bleibt bestehen. So kann auch eine offene Gesellschaft, wenn sie aus vielen Mitgliedern besteht, ihr Gesellschaftskapital aus Gründen der Zweckmäßigkeit in Aktien zerlegen, sei es um den Eintritt und Austritt der Gesellschafter zu erleichtern, sei es auch nur um das Rechnungswesen und die Buchführung zu vereinfachen[1]. Die persönliche und solidarische Haft der Mitglieder wird dadurch nicht berührt, dieselben haften den Gesellschaftsgläubigern ganz nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft, namentlich muß der Austritt eines Gesellschafters, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, nach wie vor in das Handelsregister eingetragen werden[2].

---

[1] Aeußerlich sind solche Antheilsscheine oder Aktien offener Handelsgesellschaften von denen der Aktiengesellschaften kaum zu unterscheiden: „Antheilsschein der Zuckerfabrik S. (offene Handelsgesellschaft), Nr. 51 über 2000 Thlr. Herr N. ist als Theilhaber der Zuckerfabrik S. auf Höhe obigen Betrages in dem Hauptbuche der Gesellschaft eingetragen und nimmt in Gemäßheit des notariellen Statutes vom 27. August 1859 verhältnißmäßig Theil an dem gesammten Eigenthum, Gewinn und Verlust der Gesellschaft. Der Vorstand N.“ Solche Aktien werden bei offenen Handelsgesellschaften dann vorkommen, wenn dieselben in Folge ihrer großen Mitgliederzahl die Organisation der Aktiengesellschaften angenommen haben (Generalversammlung, Vorstand u. s. w.). Wären solche Gesellschaften zahlreicher als sie es thatsächlich sind, so würde es sich empfehlen, eine neue Eintheilung der offenen Handelsgesellschaften einzuführen, die Eintheilung in Gesellschaften mit und ohne Aktienemission. Ebenso könnte man aber dann auch die Aktiengesellschaften eintheilen in solche mit beschränkter und in solche mit persönlicher und solidarischer Haft.

[2] Die Rechte der Gläubiger werden also durch die Emission von Aktien bei einer offenen Gesellschaft nicht geschmälert, jeder einzelne s. g. Aktionär

Solche Fälle bilden jedoch die Ausnahme und der deutsche Sprachgebrauch verbindet mit dem Ausdrucke Aktiengesellschaft zugleich auch den Gedanken an die beschränkte Haft der sämmtlichen Gesellschafter und das allg. d. HGB. hat sich diesem Sprachgebrauche angeschlossen. Der französische Code de commerce und die ihm nachgebildeten Gesetzbücher haben die Bezeichnung anonyme Gesellschaft gewählt (société anonyme)[3]), bei derselben wird die charakteristische Eigenschaft dieser Gesellschaftsart darin gefunden, daß die Firma der Gesellschaft immer eine sogenannte reine Sachfirma sein muß und kein Name eines Gesellschafters in dieselbe aufgenommen werden darf (allg. d. HGB. Art. 18). Das neuere englische Recht dagegen hat die Bezeichnung limitirte Gesellschaft eingeführt (limited) und damit die beschränkte Haft schon in der Firma zum Ausdruck gebracht[4]). Diese englische Bezeichnung wurde vorübergehend auch in Frankreich rezipirt, als die Gesetzgebung neben den alten anonymen Gesellschaften eine neue Klasse von Aktiengesellschaften geschaffen hatte, die sociétés à responsabilité limitée[5]).

II. Ueber Aktienantheile und über die Untheilbarkeit der Aktien s. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 1 (S. 405, 406), über die Namenaktien S. 406 f. Ein gesetzlicher Minimalbetrag der Aktien ist bei der Aktiengesellschaft nicht vorgeschrieben, hierdurch unterscheidet sich die letztere von der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 173 Abs. 2). Scheinbar liegt hierin eine freiere Stellung der Aktiengesellschaften, in Wahrheit ist jedoch diese Freigebung des Betrages der einzelnen Aktien eine Folge des Grundsatzes, daß Aktiengesellschaften nur mit staatlicher Genehmigung errichtet

---

haftet ihnen nach wie vor persönlich und solidarisch. Dasselbe Verhältniß tritt übrigens auch im Falle des Art. 211 Abs. 2 ein.

³) Ueber die Geschichte dieses Namens s. Fick in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. V S. 4 und Creizenach das. Bd. II, S. 62.

⁴) Z. B. Indo-European Telegraph Company (limited); Liebig's Extract of meat Company, limited. Das neueste englische Gesetz über die Aktiengesellschaften ist die Companies-Akte vom 20. August 1867, s. über dasselbe F. Mittermaier in Goldschmidt's Zeitschrift Beilageheft zum XII. Bde. (1868) S. 40 f.

⁵) Diese Gesellschaften, welche die deutschen und englischen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften ersetzen sollten, waren durch das franz. Gesetz vom 23. Mai 1863 zugelassen worden, zu ihrer Errichtung bedurfte es keiner staatlichen Genehmigung. Gegenwärtig ist jedoch dieses Gesetz wieder aufgehoben, nachdem durch das neue Gesetz vom 24. Juli 1867 (Art. 21) die Staatsgenehmigung auch für die anonymen Gesellschaften beseitigt worden ist. Vgl. S. 477 Anm. 8 und F. Mittermaier a. a. O. S. 99 f.

werden können. Wo dieser Grundsatz zur Anwendung kommt, unterliegt auch die Höhe des Betrages der Aktien in jedem einzelnen Falle der staatlichen Prüfung [6]).

III. Die Bestimmungen des HGB. beziehen sich nur auf Aktiengesellschaften zum Betriebe eines Handelsgewerbes, nur solche können in das Handelsregister eingetragen werden [7]). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf andere Aktiengesellschaften ist dadurch nicht ausgeschlossen, indeß haben einzelne Staaten spezielle Gesetze über solche Aktiengesellschaften erlassen, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht [8]).

Art. 208.

Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden.

Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

Preuß. Entw. Art. 181. — I. Entw. Art. 186. — II. Entw. Art. 194. — Prot. S. 314 f., 1034 f.

I. Das HGB. enthält keine Bestimmungen über die vorbereitenden

---

6) Wird die Errichtung der Aktiengesellschaften freigegeben, so lassen sich auch gesetzliche Bestimmungen über den Minimalbetrag der Aktien rechtfertigen, nur darf dieser Betrag nicht so hoch gegriffen werden, daß dadurch die Entstehung gesunder kleinerer Aktienunternehmungen ein für allemal unmöglich gemacht wird. (Vgl. S. 411). In dem k. sächs. Gesetz vom 15. Juni 1868, die juristischen Personen betreffend, welches oben S. 411 Anm. 24 mitgetheilt ist, ist dieser Fehler vermieden. Ueber die Ausgabe von Aktien von ungleichen Beträgen s. oben S. 410 Anm. 23.

7) Die englische Aktiengesetzgebung bezieht sich dagegen auf alle Aktiengesellschaften ohne Unterschied des Zweckes, welchen sie verfolgen, s. F. Mittermaier a. a. O. S. 41 Anm. 12.

8) Preuß. Gesetz vom 15. Febr. 1864, vgl. Weinhagen, Recht der Aktiengesellschaften, Köln 1866, S. 51 f. K. sächsisches Gesetz vom 15. Juni 1868, die juristischen Personen betreffend, §. 39 f. K. bayer. Gesetz v. 29. April 1869 (in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. XIV S. 364).

Rechtsgeschäfte, welche der Aktienzeichnung und dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages vorhergehen, dieselben sind entweder nach Civilrecht oder, insoferne sie Handelsgeschäfte sind, nach den allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte zu beurtheilen [1]).

II. Ebensowenig enthält das Gesetzbuch nähere Bestimmungen über die Frage, was unter staatlicher Genehmigung zu verstehen sei, ob landesherrliche Genehmigung oder Genehmigung durch eine Verwaltungsbehörde. Die Bestimmungen hierüber, sowie über den formellen Geschäftsgang bei der Einholung und der Ertheilung der Genehmigung sind den Landesgesetzen überlassen worden [2]). Das HGB. mußte sich eines näheren Eingehens auf diese Fragen um so mehr enthalten, als den Landesgesetzen zugleich auch die Befugniß vorbehalten worden ist, die staatliche Genehmigung der Aktiengesellschaft überhaupt oder wenigstens einzelner Arten derselben für überflüssig zu erklären (Art. 249).

Von dieser Befugniß haben die Einführungs- und Landesgesetze von Hamburg, Bremen, Lübeck, Oldenburg, K. Sachsen uneingeschränkten Gebrauch gemacht [3]), während nach dem Einführungsgesetze von Baden (Art. 32) die Staatsgenehmigung nur für solche Aktiengesellschaften beibehalten worden ist, welche Bank- und Kreditgeschäfte oder

---

[1]) Prot. S. 317 f., 1037. Vgl. Anschütz, über die Klagbarkeit eines Aktiengesellschaftsvertrages vor erfolgter staatlicher Genehmigung, im Archiv für Handels- und Wechselrecht von Siebenhaar Bd. XIII S. 43, Renaud a. a. O. S. 185 f., Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Streit S. 13 bis 15. Ueber Promessen und Interimsscheine s. oben S. 412, 413.

[2]) Nach den meisten Einführungsgesetzen ist die landesherrliche Genehmigung erforderlich, so auch in Preußen (Einf.-Ges. Art. 12) und Bayern (Einf.-Ges. Art. 39 und Lutz, Kommentar zu diesem Art.). — In Preußen sind in der Zirkularverfügung v. 29. März 1856 die Grundsätze veröffentlicht worden, nach welchen die k. Staatsregierung bei Prüfung der Statuten von Aktiengesellschaften behufs deren Genehmigung verfährt. Die Verfügung, welche nicht weniger als 57 einzelne Punkte hervorhebt, ist vielfach abgedruckt u. a. bei Weinhagen a. a. O. Anhang S. 80 f. und in der Kölnischen Zeitung v. 30. Mai 1856 Beilage.

[3]) Einf.-Ges. v. Hamburg §. 25, Lübeck Art. 14, Bremen §. 22, Oldenburg Art. 20, k. sächsisches Genossenschaftsgesetz v. 15. Juni 1868 §. 55; das k. sächs. Einf.-Gesetz zum HGB. hatte die staatliche Genehmigung noch beibehalten, das Gesetz v. 1868 hat dagegen einige neue Normativbestimmungen aufgestellt, welche im HGB. nicht enthalten sind (s. S. 411 Anm. 24).

Versicherungsgeschäfte treiben; Würtemberg (Art. 35) hat diesen letzteren Gesellschaften noch die Eisenbahngesellschaften hinzugefügt[4]).

III. Durch die staatliche Genehmigung einer Aktiengesellschaft und ihres Statutes wird die Vertragsnatur des letzteren nicht geändert, das Statut erlangt nicht Gesetzeskraft und zwar auch nicht dadurch, daß die Staatsregierung dasselbe zugleich mit der Genehmigungsurkunde in der Gesetzsammlung oder in anderen amtlichen Organen von Amtswegen veröffentlicht[5]). Behauptet also eine Partei in der Instanz der Rechtsmittel gegen ein gerichtliches Urtheil, daß die Statuten einer Aktiengesellschaft in dem Urtheile unrichtig ausgelegt oder angewandt worden seien, so kann dies nicht als Verletzung (unrichtige Auslegung oder Anwendung) einer Gesetzesvorschrift bezeichnet und das Rechtsmittel nicht unter dieser Benennung und Begründung eingelegt werden.

Ist die staatliche Genehmigung einem Gesellschaftsstatute ertheilt worden, welches im Hinblicke auf die Bestimmungen des HGB.'s an wesentlichen Mängeln leidet, so erscheinen diese Mängel durch die Staatsgenehmigung keineswegs gehoben. Die Staatsgenehmigung setzt einen im Uebrigen bindenden und perfekten Gesellschaftsvertrag voraus, aber sie kann einen nach den Grundsätzen des HGB.'s und des allgemeinen Vertragsrechtes unverbindlichen Vertrag nicht perfekt und verbindlich machen.

Ferner können solche Bestimmungen des Statutes, welche nach den Vorschriften des HGB.'s keine Wirkung gegen Dritte haben sollen, diese Wirkung auch nicht durch die staatliche Genehmigung erlangen[6]) und ebensowenig werden durch diese Genehmigung für sich allein schon dieje-

---

[4]) Vgl. S. 415 (Art. 174).

[5]) Erk. des App.-Gerichtshofes zu Köln v. 13. Febr. 1865 im (Rheinischen) Archiv f. Civil- u. Krim.-Recht der preuß. Rheinprovinz Bd. 59, I, S. 113 und in Busch' Archiv Bd. VI S. 40; Erk. des O.-Tribunals zu Berlin v. 31. März 1868 in Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle Bd. 70 S. 275. Der Satz war früher keineswegs unbestritten, s. das Erk. des Berliner O.-Trib. v. 14. Mai 1866 a. a. O. Bd. 64 S. 123, in welchem die entgegengesetzte Ansicht festgehalten wurde, daß ein Verstoß gegen ein landesherrlich bestätigtes Statut in einem gerichtlichen Urtheile als ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften anzusehen sei.

[6]) Z. B. statutarische Bestimmungen, durch welche die Vertretungsbefugniß des Vorstandes Dritten gegenüber beschränkt werden soll (Art. 231), s. das in der Anm. 5 a. Erk. des Appell.-Gerichtshofes zu Köln vom 13. Februar 1865.

nigen Lücken des Statutes ausgefüllt, welche ausgefüllt sein müssen, bevor das Statut in das Handelsregister eingetragen werden kann (Art. 210). Die Staatsgenehmigung ist lediglich ein staatspolizeilicher Akt durch welchen erklärt wird, daß vom staatspolizeilichen Standpunkte aus dem Statute und der Gesellschaft ein Hinderniß nicht entgegensteht, sie dispensirt aber den Richter nicht von der gesetzlichen Prüfung, ob der in das Register einzutragende oder bereits eingetragene Gesellschaftsvertrag den Vorschriften des HGB.'s entspricht oder nicht [7]).

IV. Die seit einer langen Reihe von Jahren gemachten Erfahrungen sind dem Systeme der staatlichen Genehmigung der Aktiengesellschaften entschieden ungünstig und die Abschaffung dieses Systemes in denjenigen Ländern, in welchen dasselbe noch gilt, erscheint um so mehr nur noch als eine Frage der Zeit, als dasselbe selbst in dem Heimathlande der staatlichen Genehmigung, in Frankreich, durch die neuere Gesetzgebung beseitigt ist [8]). Weder die staatliche Genehmigung noch die staatliche Aufsicht über die Aktiengesellschaften haben die Entstehung unsolider Aktienunternehmungen und die Verluste von Millionen an Aktienkapitalien zu verhindern vermocht, weil die Staatsregierungen und ihre Organe in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle weder im Stande sind noch im Stande sein können, die wirthschaftliche Basis und das künftige Gedeihen kommerzieller und industrieller Unternehmungen amtlich zu prüfen und festzustellen [9]). Der Staat übernimmt bei der allgemeinen Konzessionirung von Aktiengesellschaften eine Verantwortlichkeit, welche er nicht tragen kann und welche außerhalb seiner wahren Aufgaben liegt [10]).

---

[7]) So wird z. B. auch eine bedingte Aktienzeichnung durch die erfolgte Staatsgenehmigung der Gesellschaft und des Statutes nicht zu einer unbedingten, s. oben S. 428 §. III f.

[8]) Loi sur les sociétés v. 24. Juli 1867 Art. 21: A l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement. Elles seront soumises aux dispositions des articles 29, 30, 32, 33, 34 et 35 du Code de commerce et aux dispositions contenues dans le présent titre.

[9]) Auerbach, Gesellschaftswesen §. 73 und Vortrag des Hamburgischen Abgeordneten auf der Nürnberger Konferenz (gegen die Staatsgenehmigung) Prot. S. 319 bis 323.

[10]) Die der Genehmigung vorhergehende Prüfung soll sich unter Anderem auch darauf erstrecken, ob das Gesellschaftskapital durch hinlänglich sichere Personen gezeichnet sei. Gerade diese Prüfung ist in der Ausführung schon deshalb unmöglich, weil zwischen der Einreichung des Antrages auf Ge=

Das System der staatlichen Genehmigung wirkt aber sowohl für den Verkehr im Allgemeinen als für die Aktionäre selbst auch positiv schädlich. Zunächst dadurch, daß die genehmigten Aktiengesellschaften mit dem Ansehen des Staates bekleidet werden und dieses Ansehen verwerthen, um ihren Unternehmungen Kredit zu verschaffen. Sodann aber auch darin, daß durch die staatliche Genehmigung die eigene Wachsamkeit und die eigene Prüfung der Aktionäre sowie des größeren Publikums abgeschwächt wird, während doch das Heilmittel gegen die mit den Aktiengesellschaften leicht verbundenen Mißbräuche und Gefahren nur in der eigenen Thätigkeit und Wachsamkeit der Aktionäre liegt.

Endlich können schon aus der unvermeidlichen Verzögerung, welche mit der Einholung der staatlichen Genehmigung verbunden ist, empfindliche Nachtheile für eine Gesellschaft entstehen. Der rechte Moment, in welchem die Gesellschaft in das Leben treten sollte, ist oft längst vorüber, wenn die Staatsgenehmigung eintrifft und die genehmigte Gesellschaft befindet sich schließlich anderen Verhältnissen gegenüber als diejenigen waren, auf welche bei der Gründung gerechnet war, ganz abgesehen davon, daß von zwei gleichartigen Gesellschaften die eine, welche bei der staatlichen Genehmigung auf größere Schwierigkeiten stößt als die andere, durch die spätere Errichtung einen völlig unverschuldeten Nachtheil gegenüber der anderen erleiden kann. Die Befugniß, eine Aktiengesellschaft errichten zu dürfen, ist nach dem Systeme der Staatsgenehmigung nichts anderes als der Ausfluß eines Privileges, dessen Ertheilung oder Verweigerung schließlich als eine Sache persönlicher Gunst oder Ungunst erscheint. Damit ist aber das Wesen jener Befugniß vollständig verkannt. Der Staat ist berechtigt und verpflichtet, die gesetzlichen Voraussetzungen festzustellen, unter welchen allein die Errichtung einer Aktiengesellschaft gestattet sein soll, er kann bei Festsetzung solcher Normativbestimmungen mehr oder weniger streng verfahren und dadurch die Errichtung von Aktiengesellschaften erschweren oder erleichtern. Werden aber die gesetzlichen Normativbestimmungen bei der Errichtung von Aktiengesellschaften eingehalten, so kann die Befugniß zur Errichtung nicht auch noch von der Ertheilung eines Privileges abhängig gemacht werden, sie muß dann vielmehr als eine Befugniß des gemeinen Rechtes aufgefaßt werden, deren Ausübung an bestimmte gesetzliche Bedingungen geknüpft ist[11]).

---

nehmigung und der Ertheilung derselben stets ein mehr oder weniger erheblicher Zeitraum in der Mitte liegt, s. oben S. 432 Anm. 15.

[11]) Wenn in neuerer Zeit der Versuch gemacht worden ist, diejenigen Arten

V. Eine besondere Unsicherheit für das Zustandekommen der Gesellschaft kann dadurch entstehen, daß die Staatsregierung die Ertheilung der Genehmigung von der vorgängigen Abänderung des Statutenentwurfes abhängig macht, auf Grund dessen die Aktien gezeichnet worden sind [12]). Eine solche Abänderung würde in rechtsverbindlicher Weise nur dann erfolgen können, wenn sämmtliche Zeichner der Aktien zustimmen, die Zustimmung einzelner genügt nicht. Fehlt es an einer allgemeinen Zustimmung, so würde der von der Staatsregierung abgeänderte Gesellschaftsvertrag ein anderer sein als derjenige, welchem die Zeichner der Aktien durch ihre unter den Betheiligungsscheinen befindliche Unterschriften beigetreten sind; der abgeänderte Vertrag wäre also für die Zeichner nicht bindend, ebensowenig aber auch der ursprüngliche Vertrag, weil demselben die staatliche Genehmigung nicht ertheilt ist, die Gesellschaft würde also nicht zu Stande gekommen sein.

Dieser Unsicherheit kann jedoch durch die Aufnahme einer Bestimmung in den Statutenentwurf vorgebeugt werden, durch welche den Gründern der Gesellschaft das Mandat ertheilt wird, im Namen und Auftrage der Aktienzeichner diejenigen Abänderungen des Entwurfes zu bewirken, welche die Staatsregierung vor der Genehmigung vorschreiben wird [13]).

Zu Abs. 2 und 3.

VI. Ueber das Verhältniß der Aktienzeichnung zum gerichtlichen oder

---

von geschäftlichen Unternehmungen festzustellen, für welche sich die Form der Aktiengesellschaft eignen soll, so mögen derartige Untersuchungen, insoferne sie sich nicht auf bloße Abstraktionen sondern zugleich auf die Erfahrung stützen, geeignet sein, einen Beitrag zur wirthschaftlichen Klugheitslehre zu liefern, für die Gesetzgebung über die Aktiengesellschaften dagegen sind dieselben ohne Bedeutung. Die Gesetzgebung stellt die Bedingungen fest, unter denen eine Aktiengesellschaft zu Recht bestehen soll, sie kann dabei Rücksicht auf die Verschiedenheiten nehmen, welche aus den besonderen wirthschaftlichen Zwecken der einzelnen Gesellschaften entstehen (Assekuranz-, Eisenbahn-, Zettelbankgesellschaften), aber im Prinzipe kann sie nur den allgemeinen Rechtssatz festhalten, daß sich Gesellschaften überhaupt, und so auch Aktiengesellschaften zu jedem erlaubten wirthschaftlichen Zwecke bilden können.

[12]) Z. B.: „Die Zeichnung erfolgt nach Maßgabe und unter den Bedingungen des unter dem 2. März 1869 ausgegebenen Prospektes und Statutes."

[13]) Am weitesten geht hierin diejenige Fassung, welche u. a. in das Statut der Darmstädter Bank für Handel und Industrie v. 2. April 1853 übergegangen ist, §. 53: „Es wird hierdurch den Mitstiftern der Gesellschaft, Herrn G. M. und A. O., und zwar beiden zusammen sowie jedem für sich allein im Falle der Abwesenheit des Anderen Auftrag und Vollmacht ertheilt, mit

notariellen Gesellschaftsvertrage und über die Frage, ob bei dem Abschlusse des letzteren sämmtliche Zeichner mitzuwirken haben oder nicht, s. die Erläuterungen zu Art. 174 (S. 415 f.), welche auch hier zur Anwendung kommen.

Ueber bedingte Aktienzeichnungen s. S. 428 §. III f.

Art. 209.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muß insbesondere bestimmen:

1) die Firma und den Sitz der Gesellschaft;

---

dem Rechte der Substitution, die Genehmigung der Gesellschaft bei der Großherzogl. Staatsregierung nachzusuchen, sowie diejenigen Abänderungen der Statuten und Zusätze zu denselben vorzunehmen, welche die Staatsregierung vorschreiben oder welche ihnen angemessen erscheinen möchten. Diese Abänderungen sollen für sämmtliche Aktionäre ebenso rechtsverbindlich sein, als wären sie wörtlich in das gegenwärtige Statut aufgenommen worden." Diese weitgehende Fassung des Mandates ist französischen Ursprunges (proposer, consentir toutes modifications, retranchements et additions qu'ils croiraient utile d'y apporter, passer et signer tous actes); dieselbe ist wie so viele andere Bestimmungen in den Statuten der Aktiengesellschaften mit den Formularen und Musterstatuten von Westen nach Osten gewandert, ohne daß man sich gegenwärtig dieses Ursprunges noch erinnert. In anderen Statuten oder vielmehr Statutentwürfen, auf Grund deren die Aktienzeichnung erfolgt, ist das den Gründern ertheilte Mandat dahin beschränkt, „die landesherrliche Genehmigung nachzusuchen, sowie diejenigen Abänderungen der Statuten und Zusätze zu denselben vorzunehmen, welche die Staatsregierung vorschreiben oder empfehlen wird", oder auch, „etwaige von der Staatsregierung getroffene Abänderungen vorzunehmen und den also abgeänderten Gesellschaftsvertrag mit voller Rechtsverbindlichkeit für alle Aktionäre zu vollziehen". Wenn in einem Lande die staatliche Genehmigung noch vorgeschrieben ist, und die Aktienzeichnungen vor der Genehmigung des Statutes erfolgen, so erscheint eine derartige transitorische Bestimmung unerläßlich; dieselbe ist für die Aktionäre ebenso rechtsverbindlich wie der übrige Inhalt des Statutes, Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 2. Juli 1861 in Striethorst's Archiv Bd. 42 S. 243 und in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VII S. 606.

2) den Gegenstand des Unternehmens;
3) die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
4) die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienantheile;
5) die Eigenschaft der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt werden sollen, ingleichen die etwa bestimmte Zahl der einen und der anderen Art, sowie die etwa zugelassene Umwandlung derselben;
6) die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise wie die Prüfung der Bilanz erfolgt;
7) die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft;
8) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Aktionäre geschieht;
9) die Bedingungen des Stimmrechts der Aktionäre und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird;
10) die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Aktionäre, sondern nur durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann;
11) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Pr. Entw. Art. 182. — I. Entw. Art. 187. — II. Entw. Art. 195. — Prot. S. 324 f., 1038 f., 4541.

I. Zufolge der Vorschrift des Art. 249 Ziff. 5 kommen die Bestimmungen des Art. 209 auch dann zur Anwendung, wenn zur Errichtung einer Aktiengesellschaft die staatliche Genehmigung nicht erforderlich ist. Auch in diesem letzteren Falle soll der Gesellschaftsvertrag nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn er die im Art. 209 verzeichneten Bestimmungen enthält. Hieraus ergibt sich zugleich, daß diese Bestimmungen nicht bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Vertrages

vorgeschrieben sind, nichtig ist der Vertrag nur dann, wenn es demselben an einer der wesentlichen Voraussetzungen des Aktiengesellschaftsvertrages gebricht und diese Nichtigkeit kann auch nicht durch die bloße staatliche Genehmigung der Gesellschaft oder des Statutes gehoben werden[1]). Wird demnach die Eintragung des Vertrages vom Richter abgelehnt, so ist zu unterscheiden, ob dies deshalb geschieht, weil der Vertrag an sich nichtig ist, oder weil in demselben eine zwar nicht wesentliche, aber zum Zwecke der Eintragung gleichwohl vorgeschriebene Bestimmung fehlt, oder endlich, weil eine der im Art. 209 verzeichneten Bestimmungen im Vertrage so gefaßt ist, daß sie mit den absoluten Vorschriften des HGB.'s im Widerspruche steht[2]). Je nachdem der eine oder der andere dieser Fälle vorliegt, ist auch die Lage der Gesellschaft eine verschiedene.

II. Zu Ziff. 1.

Hinsichtlich der Firma der Gesellschaft kommt der Art. 18 des HGB.'s zur Anwendung, s. die Erläuterungen zu diesem Artikel[3]).

Unter dem Sitze der Gesellschaft ist hier, wie im Art. 210 die Hauptniederlassung derselben zu verstehen, also der Ort, an welchem sich der Mittelpunkt, die Centralleitung ihrer sämmtlichen Geschäfte befindet[4]). Eine Veränderung hinsichtlich dieses Ortes macht demnach auch eine Aenderung der Statuten nöthig. Indeß kann die Verlegung der Hauptniederlassung an einen anderen als den ursprünglichen Sitz in den Statuten bereits vorgesehen sein[5]).

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 208 §. III.

[2]) Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag die gesetzlichen Befugnisse des Vorstandes auch Dritten gegenüber beschränken will; hierauf bezieht sich die in der Anm. 5 S. 476 a. Entscheidung des Appellat.-Gerichtshofes zu Köln.

[3]) Auch der Art. 22 (Erwerb eines Handelsgeschäftes sammt der Firma) ist auf Aktiengesellschaften nur unter gleichzeitiger Beobachtung der Vorschriften des Art. 18 anwendbar. Die Frage, ob der Ausdruck „Direktion" schon in die Firma der Aktiengesellschaft ein für allemal aufgenommen werden dürfe, ist zu bejahen, s. S. 423 Anm. 6.

[4]) Erk. des Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg v. 19. Febr. 1863 in der Sammlung der Entscheidungen dieses Gerichtshofes B. I S. 181 und in Busch' Archiv Bd. I S. 417.

[5]) Die in der Anm. 2 S. 475 erwähnten „Allgemeinen Grundsätze" der preuß. Cirkularverfügung vom 29. März 1856 enthalten hierüber folgende Bestimmung: „(10) Es ist an sich nicht unzulässig, in den Statuten für die Folge ein anderes als das ursprüngliche Domizil vorzubehalten, es ist dann aber sowohl der neue Domizilort als der Zeitpunkt, mit welchem die Veränderung eintreten soll, im Voraus genau zu bezeichnen." Diese Bestim-

III. Zu Ziff. 3.

Ueber die Fortsetzung der Gesellschaft nach Ablauf der statutenmäßigen Zeit s. Art. 242.

IV. Zu Ziff. 4.

Ueber die Eintheilung des Grundkapitales in Aktien s. die Erläuterungen zu Art. 207 Abs. 2.

In dem Gesellschaftsvertrage kann auch die Vermehrung des Grundkapitales durch Emission neuer Aktien bereits vorgesehen sein. Diese Bestimmung gehört dann zu denjenigen, welche nach Art. 210 Ziff. 4 zu veröffentlichen sind, ebenso auch die Eintheilung der Aktien in Prioritäts-Stammaktien und in Stammaktien.

V. Zu Ziff. 6 (Bilanz).

Die Aufnahme von Bestimmungen über die Bildung eines Reservefonds in die Statuten ist nach dem allg. d. HGB. fakultativ, s. Art. 217 Abs. 2 [6]).

VI. Zu Ziff. 7.

Die statutarischen Bestimmungen über die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes sind streng genommen nur zum Zwecke der Anmeldung derselben zum Handelsregister erforderlich (Art. 228), denn sobald die Eintragung derselben erfolgt ist, so liegt ihre Legitimation Dritten gegenüber in der Eintragung im Handelsregister und steht und fällt mit dieser Eintragung.

VII. Zu Ziff. 8.

Der Art. enthält hier im Gegensatze zu Ziff. 11 keine Bestimmung, aus welcher gefolgert werden könnte, daß die Zusammenberufung der Aktionäre oder vielmehr die Einberufung der Generalversammlung nothwendig durch öffentliche Blätter erfolgen müßte. Demnach kann in den Statuten auch bestimmt werden, daß die Einberufung in anderer Weise, also mündlich, brieflich oder durch Cirkular erfolgen soll, Bestimmungen, welche allerdings nicht bei Inhaberaktien, wohl aber bei Namenaktien ausführbar sein würden. Indeß ist die Unterscheidung zwischen Zusammenberufung und Bekanntmachung (Ziff. 8 und 11) nicht nur inkonsequent sondern in der Praxis kaum durchführbar.

---

mung hat nur die Bedeutung eines Grundsatzes für die staatliche Genehmigung, rein juristisch betrachtet geht sie in der Beschränkung der Statuten zu weit.

[6]) Die in der vorigen Anm. angeführten „Allgemeinen Grundsätze" enthalten die empfehlenswerthe Bestimmung: „(16.) Es ist für die Folge bei allen Aktiengesellschaften vorzuschreiben, daß die Bilanz öffentlich bekannt gemacht wird."

Zu der Form, in welcher die Zusammenberufung sowohl wie die übrigen Bekanntmachungen erfolgen sollen, gehören auch die Bestimmungen darüber, wie und von wem dieselben erlassen und unterzeichnet werden sollen, s. Art. 229.

Art. 210.

Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde müssen bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden.

Der Auszug muß enthalten:

1) das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;
2) die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
3) den Gegenstand und die Zeitdauer des Unternehmens;
4) die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienantheile;
5) die Eigenschaft derselben, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt sind;
6) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Ist im Gesellschaftsvertrage eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen kundgibt und für die Gesellschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen.

Preuß. Entw. Art. 181. — I. Entw. Art. 188. — II. Entw. Art. 196. — Prot. S. 317 f., 1039, 4541.

Wie bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 176), so wird auch bei der Aktiengesellschaft zwischen der Eintragung des Gesellschaftsvertrages und seiner Veröffentlichung unterschieden. Der Gesellschaftsvertrag (und die Genehmigungsurkunde) sind zwar in ihrem ganzen Umfange in das Handelsregister einzutragen, aber veröffentlicht wird der Vertrag nur im Auszuge. Die Eintragung ist aber wiederum nicht wörtlich zu verstehen, sondern sie geschieht in der Weise, daß die Originale bei der

Anmeldung beigebracht werden und sodann eine beglaubigte Abschrift (Abdruck) des Vertrages zu den Akten genommen oder einem besonderen Beilagebande einverleibt wird. In das Register selbst wird das Statut nur im Auszuge eingetragen und dabei auf die aktenmäßigen Beilagen (Spezialakten, Registerakten, Beilageband) verwiesen [1]).

Ebenso wird nicht das ganze Statut, sondern nur ein Auszug aus demselben veröffentlicht, welcher den im Art. 210 angegebenen Inhalt haben muß [2]); es liegt hier eine Ausnahme von der im Art. 13 aufgestellten Regel über die unverkürzte Veröffentlichung der Eintragungen vor [3]). Dieser Auszug ist vom Richter anzufertigen, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß die Parteien denselben bereits bei der Anmeldung formgerecht einreichen.

Da, wo zur Errichtung einer Aktiengesellschaft die staatliche Genehmigung erforderlich ist, ist in der Regel noch eine besondere Publikation der ertheilten Genehmigung und des Gesellschaftsvertrages vorgeschrieben, welche durch die Verwaltungsbehörden in den administrativen Verordnungs- und Amtsblättern, beziehungsweise in der Gesetzsammlung erfolgt [4]). Diese administrative Publikation ist von derjenigen, welche durch das Handelsgericht erfolgt, völlig unabhängig, sie kann die letztere nicht ersetzen und sie hat für die Handelsaktiengesellschaften überall keine privatrechtliche Bedeutung. Ebensowenig wird dadurch, daß das genehmigte Statut in das Regierungs-Amtsblatt oder in die Gesetzsammlung aufgenommen wird [5]), an der Vertragsnatur des Statutes etwas geändert, das Statut erlangt dadurch nicht die Kraft eines Gesetzes oder einer landesherrlichen Verordnung [6]).

---

[1]) Preuß. Instruktion betr. die Führung des Handelsregisters (vom 12. Dez. 1861) §. 73, 74; bayer. Instruktion (vom. 30. April 1862) §. 9, 34 u. 35, s. Lutz, Kommentar zum bayer. Einf.-Gesetze S. 51 u. 58.

[2]) Die im Art. 210 bezeichneten Punkte sind also gleichsam das Minimum dessen, was der Gesellschaftsvertrag enthalten muß, denn sie sind entscheidend für die Veröffentlichung desselben.

[3]) S. Art. 13, 151 Abs. 3, 176.

[4]) Preuß. Einf.-Gesetz Art. 12 §. 3; bayer. Einf.-Gesetz Art. 39 (vgl. Lutz, Kommentar zu diesem Art.); Großherz. hessisches Einf.-Gesetz Art. 11.

[5]) Nach dem preuß. Einf.-Gesetze ist eine Anzeige von der landesherrlichen Genehmigung in die Gesetzsammlung aufzunehmen, bei Gesellschaften von allgemeinerer Bedeutung werden aber nicht selten die Statuten vollständig in der Gesetzsammlung abgedruckt.

[6]) S. hierüber die Erläuterungen zu Art. 208 §. III. Das Statut wird nicht Gesetz, sondern nur lex contractus.

II. Ueber den Sitz der Gesellschaft s. die Erläuterungen zu Art. 209 §. II.

III. Zu Ziff. 4 s. die Bemerkung zu Art. 209 Ziff. 4 Nr. 2.

IV. Zu Ziff. 6 s. die Erläuterungen zu Art. 209 Ziff. 6, und über die Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen kundgeben soll, s. Art. 229.

Art. 211.

Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.

Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Preuß. Entw. Art. 181. — I. Entw. Art. 189. — II. Entw. Art. 197. — Prot. S. 318, 1039, 1449.

Die Eintragung in das Handelsregister hat hier wie bei der Aktienkommanditgesellschaft (Art. 178) eine erhöhte Bedeutung,, indem die Aktiengesellschaft als solche erst durch die staatliche Genehmigung in Verbindung mit der Eintragung entsteht [1]). Ist die staatliche Genehmigung nicht erforderlich, so bleibt die Bedingung der Eintragung gleichwohl bestehen, in beiden Fällen kommt nur der Zeitpunkt der Eintragung, nicht auch derjenige der Veröffentlichung in Betracht [2]). Die Bestimmungen des Art. lassen sich als Strafbestimmungen auffassen, durch welche das vorzeitige Auftreten einer noch nicht rechtsbeständigen Aktiengesellschaft nach Außen insofern erschwert werden soll, als die vorzeitig Handelnden sowie diejenigen, in deren Auftrag oder mit deren Zustimmung gehandelt wird, den Vortheil der beschränkten Haft verlieren und sie dagegen die volle und solidarische Haft trifft [3]). Andererseits aber folgt hieraus, daß

---

[1]) Die Aktiengesellschaft bildet vor diesem Zeitpunkte eine s. g. erlaubte Privatgesellschaft, Erk. d. O.-Tribunals zu Berlin vom 27. Januar 1852 in Striethorst's Archiv f. Rechtsfälle Bd. IV S. 303 und vom 10. Juli 1860 im Archiv f. Handels- und Wechselrecht v. Tauchnitz u. Siebenhaar Bd. XIII S. 48.

[2]) Vgl. Art. 146 Abs. 2 und Art. 178.

[3]) Im Grunde enthält die Bestimmung über die Haft der Handelnden im Abs. 2 des Artikels nur eine spezielle Anwendung des Art. 55 Abs. 1.

die Aktionäre an der vorzeitigen Eröffnung des Geschäftsbetriebes keineswegs absolut gehindert sind, vielmehr können sie, wenn sie hierüber einstimmig sind, die Geschäfte auch vor dem im Art. bezeichneten Zeitpunkte beginnen, nur bilden sie in dieser Zwischenzeit in Folge der vollen und solidarischen Haft, welcher sie sich nicht entziehen können, eigentlich eine offene Handelsgesellschaft[4]).

Ueber den Begriff des Handelns s. die Erläuterungen zu Art. 178 (S. 434, 435).

Art. 212.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muß dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muß die in Art. 210 Abs. 2 und 3 bezeichneten Angaben enthalten. Das Handelsgericht hat die Mitglieder des Vorstandes zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Protok. S. 4657, 4662.

Der Art. ist erst in der dritten Lesung hinzugefügt worden, er schreibt nur die Eintragung der im Art. 210 Ziff. 2 und 3 bezeichneten Angaben vor und ist nicht extensiv auszulegen[1]). Für die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft selbst ist die Eintragung derselben in das Handelsregister der Zweigniederlassung ohne Bedeutung, existent wird die Aktiengesellschaft nur durch die Eintragung am Sitze, also im Handelsregister der Hauptniederlassung der Gesellschaft, und nach Art. 21 Abs. 3 kann die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung nicht eher erfolgen, als bis nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung geschehen ist[2]).

---

[4]) Ueber die verschiedenen sich hieraus ergebenden Modalitäten s. Anschütz, über die Klagbarkeit eines Aktiengesellschaftsvertrages vor erfolgter staatlicher Genehmigung im Archiv f. Handels- und Wechselrecht v. Tauchnitz u. Siebenhaar Bd. XIII S. 43 f. und ein Erk. des Appell.-Gerichtes zu Altenburg in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 598.

[1]) Vgl. die Verordnung des k. sächs. Justizministeriums v. 29. Nov. 1862 bei Goldschmidt, Zeitschr. Bd. VI S. 602. Preuß. Instruktion (v. 12. Dez. 1861) über die Führung des Handelsregisters §. 31, 60, 78.

[2]) Vgl. Bd. I S. 179 bis 183 (zu Art. 21).

Art. 213.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Preuß. Entw. Art. 87, 90. — I. Entw. Art. 190. — II. Entw. Art. 198. — Protok. S. 373, 1039 f., 4543 f., 4657, 4662.

In den im Art. enthaltenen Bestimmungen, diese sowohl einzeln als in ihrer Totalität betrachtet, liegt die Anerkennung der Aktiengesellschaft als juristischer Person, worüber die Ausführungen in der Einleitung zum zweiten Buche des HGB.'s (S. 5 bis 15 und besonders S. 11 dieses Bandes) zu vergleichen sind [1]). Die Verschiedenheit der Wortfassung des Art. 213 gegenüber derjenigen in Art. 111 und 164 ist in dieser Beziehung ohne Bedeutung, die Fassung in Art. 213 drückt die selbstständige Persönlichkeit der Aktiengesellschaft nur noch schärfer und bestimmter aus [2]).

Ueber die Eintragung von Zweigniederlassungen, welche ausländische Aktiengesellschaften im Inlande haben, s. S. 180 f. dieses Bandes (Art. 21 Abs. 3).

---

[1]) Ueber die Frage, ob eine Aktiengesellschaft als solche Gegenstand (passives Subjekt) einer Ehrverletzung sein könne, s. die interessante Abhandlung in Goldtammer's Archiv für preuß. Strafrecht Bd. XIV S. 840. Ein Erk. des Ober-Trib. zu Berlin v. 20. Oktober 1868 hat die Frage aus dem Grunde verneint, weil den Aktiengesellschaften die persönlichen Rechte juristischer Personen nicht beigelegt seien, sondern nur Vermögensrechte, in der a. Abhandlung ist die Frage dagegen aus guten Gründen bejaht. Verläumderische Aeußerungen über Aktiengesellschaften (z. B. die Gesellschaft sei ein reines Schwindelgeschäft und dgl.), welche geeignet sind, die Gesellschaft als solche in ihrer vermögensrechtlichen Sphäre, in ihrem Erwerb zu schädigen, müssen mindestens mit der Schadensklage verfolgt werden können, diese beruht hier aber auf derselben Grundlage wie die Strafklage.

[2]) Vgl. oben S. 9 Anm. 9 und S. 10 Anm. 12.

Art. 214.

Jeder Beschluß der Generalversammlung, welcher die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande hat, bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung, sowie der staatlichen Genehmigung.

Ein solcher Beschluß und die Genehmigungsurkunde müssen in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und im Auszug veröffentlicht werden (Art. 210, 212).

Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

Preuß. Entw. Art. 184. — I. Entw. Art. 191. — II. Entw. Art. 199. — Prot. S. 330 f., 1040, 4657 f.

I. Der Art. erwähnt nur die Fortsetzung der Gesellschaft und die Abänderung des Gesellschaftsvertrages, nicht aber die Auflösung der Gesellschaft. Obgleich nun ein Beschluß der Generalversammlung, durch welchen die Gesellschaft vor Ablauf der statutenmäßigen Zeit aufgelöst wird, prinzipiell betrachtet als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages erscheint, so finden die Vorschriften des Art. gleichwohl keine Anwendung auf den Auflösungsbeschluß, weil das HGB. im Art. 242 Ziff. 2 eine besondere Bestimmung hierüber aufgenommen hat. Hiernach ist zur Gültigkeit eines solchen Beschlusses nur die notarielle oder gerichtliche Beurkundung desselben, nicht aber die staatliche Genehmigung erforderlich [1]).

II. Wenn der Art. die rechtlichen Voraussetzungen und die Förmlichkeiten angibt, welche bei einem auf Abänderung der Statuten oder auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichteten Beschlusse der Generalversammlung zu beobachten sind, so ist damit von selbst auch die Frage bejaht, ob die Generalversammlung zu solchen Beschlüssen überhaupt befugt ist. Denn indem das HGB. die Ausübung der Befugniß im Einzelnen

---

[1]) Der preuß. Entwurf Art. 184 und 200 Ziff. 2 verlangte dagegen auch für die Auflösung der Gesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung die staatliche Genehmigung. Diese Bestimmung wurde jedoch schon bei der ersten Lesung gestrichen (Prot. S. 330, 331), weil Niemand gezwungen werden könne, ein Geschäft fortzusetzen, welches mit Verlust arbeite.

regelt, muß es das Bestehen dieser Befugniß voraussetzen, und da das Gesetzbuch dieselbe nicht von der vorgängigen Einräumung durch den Gesellschaftsvertrag abhängig macht, so kann nur angenommen werden, daß die Befugniß nach der dem HGB. zu Grunde liegenden Auffassung im Wesen der Aktiengesellschaft und der Generalversammlung schon von selbst begründet ist.

Die Generalversammlung kann also nicht blos dann eine Abänderung des Statutes oder die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, wenn ihr die Befugniß dazu im Statute selbst beigelegt ist, sondern sie besitzt diese Befugniß schon kraft Gesetzes, und zwar so lange, als ihr dieselbe in den Statuten nicht entzogen ist[2]).

Indeß ist diese Frage nicht unbestritten. Gegen die hier vertheidigte Ansicht ist geltend gemacht worden, daß der Generalversammlung stets nur diejenigen Befugnisse zustehen, welche ihr im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich beigelegt sind, und daß die Versammlung ihre Kompetenz nicht selbst bestimmen könne. Fehle es also an einer statutarischen Bestimmung über die Abänderung des Gesellschaftsvertrages oder über die Fortsetzung, so fehle es der Generalversammlung an dem erforderlichen Mandate zur Abänderung, und wenn dennoch eine Abänderung von der Mehrheit beschlossen werde, so sei die Minderheit an einen solchen Beschluß nicht gebunden, sondern der Gesellschaftsvertrag könne dann

---

[2]) In diesem Sinne hat das O.-Tribunal zu Berlin erkannt in Sachen einiger Aktionäre der Magdeburger Privatbank gegen die letztere (Erk. v. 22 Sept. 1868 im Centralorgan N. F. Bd. V S. 180), nachdem die beiden vorderen Instanzen im entgegengesetzten Sinne entschieden hatten (s. die folgende Anm.). Die Generalversammlung der Bank hatte die Fortsetzung der Gesellschaft über die statutenmäßigen zehn Jahre hinaus beschlossen, und dieser Beschluß war von einigen dissentirenden Aktionären aus dem Grunde angefochten worden, weil der Generalversammlung weder die Befugniß zur Statutenänderung noch zu einem Beschlusse über die Fortsetzung der Gesellschaft in den Statuten beigelegt sei; das O.-Tribunal wies die Klage ab. In einem anderen, die Königsberger Privatbank betreffenden Falle, in welchem das Tribunal zu Königsberg in gleichem Sinne erkannte (Busch' Archiv Bd. X S. 331) war die Sachlage insoferne eine andere, als die Generalversammlung nach einer ausdrücklichen Bestimmung der Statuten die Befugniß zur Statutenänderung besaß, und nur die Frage streitig war, ob diese Bestimmung auch auf den Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft anwendbar sei. Die Frage wurde mit Recht bejaht; denn was von der Statutenänderung überhaupt gilt, gilt auch von der Abänderung hinsichtlich der Dauer der Gesellschaft.

vielmehr nur durch die Zustimmung sämmtlicher einzelner Aktionäre, nicht blos der in der Generalversammlung erschienenen, abgeändert werden[3]).

Diese Deduktion stützt sich auf die Grundsätze des gewöhnlichen Gesellschaftsrechtes, nach welchen die Verpflichtung eines Sozius zur Unterordnung unter einen Mehrheitsbeschluß der übrigen überhaupt nur in Folge ausdrücklicher Verabredung, also nur in Folge einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages stattfinden kann. Bei der gewöhnlichen Societät gilt als leitender Grundsatz das liberum veto jedes einzelnen Mitgliedes[4]), Ausnahmen von dieser Regel können in Folge besonderer Verabredung vorkommen, dieselben sind aber eben deshalb, weil sie Ausnahmen sind, nicht auf andere Fälle auszudehnen.

Die Aktiengesellschaft gehört jedoch überall nicht zu den gewöhnlichen Societäten und sie ist auch nicht wie eine gewöhnliche Societät organisirt, sie besitzt vielmehr die Verfassung und Organisation einer Korporation, eine Verfassung, welche nicht blos durch die ausdrücklichen Bestimmungen in den Statuten, sondern vor Allem auch gesetzlich geregelt ist. Dies gilt insbesondere auch von der Generalversammlung. Die Befugnisse derselben ergeben sich nicht blos aus den ausdrücklichen Bestimmungen der Statuten, sondern die Statuten sind auszulegen und zu ergänzen aus dem Rechtscharakter der Aktiengesellschaft überhaupt und aus den positiven gesetzlichen Bestimmungen über dieselbe. Nun widerspricht es aber dem Wesen eines Vereines mit korporativer Verfassung keineswegs, daß die Generalversammlung befugt ist, die Vereinsstatuten durch Mehrheitsbeschlüsse abzuändern, wie sich dies auch aus dem Rechte der modernen wirthschaftlichen Genossenschaften ergibt[5]), und andererseits liegen außer den im Art. 214 selbst enthaltenen und bereits oben weiter ausgeführten Gründen noch zwei weitere Anhaltspunkte dafür vor, daß nach dem allg. d. HGB. die Befugniß der Generalversammlung zur Abänderung der Gesellschaftsstatuten durch Mehrheitsbeschlüsse ein natürlicher Bestandtheil des der Generalversammlung angewiesenen Wirkungskreises

---

³) Renaud a. a. O. S. 452 bis 454, 461 bis 464 und in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. XIII S. 141.

⁴) Das römische Recht drückt dies in den bekannten, auf die gewöhnliche communio und societas bezüglichen Rechtsregeln aus: In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse, und In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. L. 28 D. comm. divid. 10, 3.

⁵) Norddeutsches Genossenschaftsgesetz §. 6, bayerisches Genossenschaftsgesetz (v. 1869) §. 6, s. oben S. 65 und 66.

ist, daß ihr also diese Befugniß schon kraft Gesetzes und nicht erst in Folge einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zusteht.

1) Einmal nämlich bestimmt der Art. 242 Ziff. 2, daß die Aktiengesellschaft durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre aufgelöst werden kann. Diese Bestimmung lautet ganz allgemein und bezieht sich auch auf die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der in den Statuten festgesetzten Zeit [6]). Demnach ist hier den Aktionären in unzweideutiger Weise und kraft Gesetzes die Befugniß eingeräumt, den Gesellschaftsvertrag in einem durchaus nicht unwichtigen Punkte durch einen **Beschluß** abzuändern. Daß aber unter diesem Beschlusse lediglich der Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung, nicht aber irgend ein Beschluß der Aktionäre außerhalb der Generalversammlung zu verstehen ist, geht zunächst aus der positiven Vorschrift des Art. 224 hervor, zufolge deren die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, von der Gesammtheit der Aktionäre in der **Generalversammlung** ausgeübt werden, während gleichzeitig nach Art. 209 Ziff. 10 feststeht, daß unter einem Beschlusse der Generalversammlung in Ermangelung besonderer statutarischer oder gesetzlicher Bestimmungen stets der Beschluß der einfachen Stimmenmehrheit der auf gehörige Ladung in der Versammlung erschienenen Aktionäre zu verstehen ist. Dies wird ferner auch durch die bereits oben (S. 489 Anm. 1) mitgetheilte Entstehungsgeschichte des Art. 214 und des Art. 242 Ziff. 2 bestätigt. Der Art. 214 lautete im preußischen Entwurfe (Art. 186) dahin:

> „Jeder Beschluß der Generalversammlung, welcher die Fortsetzung oder die **Auflösung der Gesellschaft** oder eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande hat, bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen Abfassung sowie der landesherrlichen Genehmigung."

Demnach sollten also Auflösung und Fortsetzung der Gesellschaft sowie die Statutenänderung völlig gleich behandelt werden, und wenn im Art. 214 die Auflösung jetzt nicht mehr erwähnt ist, so liegt der Grund hiervon, wie sich aus den Protokollen ergibt, nur darin, daß man die Auflösung durch Beschluß der Generalversammlung nicht von der staatlichen Genehmigung abhängig machen wollte, nicht aber darin, daß die Generalversammlung die Auflösung überhaupt nicht beschließen könnte. In letzterer Hinsicht stehen sich vielmehr Auflösung und Fortsetzung der Gesellschaft sowie die Statutenänderung nach wie vor völlig gleich. Wie die Generalversammlung kompetent ist, die Auflösung der Gesellschaft zu

---

[6]) S. oben S. 489 Anm. 1.

beschließen, so ist sie auch kompetent, die Fortsetzung der Gesellschaft und andere Statutenänderungen zu beschließen, die Minorität ist in dem einen wie in dem anderen Falle an den Beschluß der Mehrheit gebunden.

2) Ein weiteres Argument hierfür liegt aber auch darin, daß das Gesetzbuch, wenn es die Befugniß der Generalversammlung zur Statutenänderung nur als fakultativ hinstellen und die Bestimmungen in Art. 214 nur in dem Falle hätte angewandt wissen wollen, wenn und insoweit die Statuten jene Befugniß ausdrücklich festsetzen, diese Intention auch in der Fassung des Art. 214 hätte ausgedrückt werden müssen. Der Art. hätte dann lauten müssen:

„Wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft sowie Abänderungen des Gesellschaftsvertrages beschließen kann, so bedarf jeder Beschluß u. s. w."

Dieser hypothetischen Fassung bedient sich das Gesetzbuch in einem ganz analogen Falle, im Art. 217 Abs. 1 rücksichtlich des Reservefonds: nur wenn im Gesellschaftsvertrage die Ansammlung eines Reservefonds bestimmt ist, sollen die dafür nöthigen Beträge von der Dividende in Abzug gebracht werden. Vergleicht man diese Fassung mit derjenigen des Art. 214, so ergibt sich sofort der Unterschied, daß die Bestimmungen des letzteren Artikels eine weiter gehende Bedeutung haben und daß sie nicht erst dann zur Anwendung kommen sollen, wenn der Gesellschaftsvertrag die Statutenänderung durch die Generalversammlung ausdrücklich gestattet.

II. In den Statuten selbst können besondere Bestimmungen über die Fortsetzung der Gesellschaft und über die Statutenänderung getroffen werden, es kann eine andere als die einfache Mehrheit zu einem gültigen Beschlusse vorgeschrieben sein, es kann ferner eine vorgängige Unterstützung des Antrages, eine wiederholte Abstimmung über denselben und Aehnliches für erforderlich erklärt sein, endlich kann aber die Statutenänderung oder die Fortsetzung der Gesellschaft der Beschlußfassung der Generalversammlung völlig entzogen sein.

Die Einhaltung der gesetzlichen oder statutenmäßigen Vorschriften über die Form der Berufung der Generalversammlung und über die Fristen zur Stellung der Anträge ist auch bei diesen Beschlüssen die unerläßliche Voraussetzung ihrer Rechtsbeständigkeit.

III. Die Statutenänderung durch Beschluß der Generalversammlung hat jedoch folgende gesetzliche Schranken, welche theilweise auf den positiven Vorschriften des Art. 215 beruhen.

1) Der Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft kann durch einen Beschluß der Generalversammlung nicht abgeändert werden, soferne

dies im Statute nicht ausdrücklich gestattet ist (Art. 215). Liegt der letztere Ausnahmefall nicht vor, so ist ein derartiger Beschluß weder für die Minderheit der erschienenen noch für die nichterschienenen Aktionäre bindend. Vielmehr würde die Abänderung nur durch Einstimmigkeit sämmtlicher Aktionäre, unter Beobachtung der im Art. 214 vorgeschriebenen Förmlichkeiten, oder durch die Auflösung der bisherigen und Gründung einer neuen Gesellschaft erreicht werden können. Bei der Beurtheilung der Frage, ob in einem bestimmten Beschlusse eine Abänderung des statutenmäßigen Zweckes und Unternehmens enthalten sei, ist jedoch nicht blos auf den Buchstaben des Statutes sondern auf die Bedeutung der in den Statuten gebrauchten Bezeichnungen im Handelsverkehre zu sehen (Art. 278, 279).

2) Dasselbe gilt von einem Beschlusse, welcher auf eine Fusion der Gesellschaft mit einer anderen (gegen Gewährung von Aktien der letzteren) abzielt, Art. 215 Abs. 2 und Art. 247 [7]).

3) Endlich kann die Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung auch nicht in eine andere Gesellschaftsform umgewandelt werden, wenn nicht auch hierin der Versammlung eine weitergehende Befugniß durch die Statuten ausdrücklich eingeräumt ist [8]).

Art. 215.

Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, soferne dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist.

Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Gesellschaft durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren aufgelöst werden soll.

Preuß. Entw. Art. 180. — I. Entw. Art. 192. — II. Entw. Art. 200. — Protok. S. 314, 1040.

S. die Erläuterungen zu Art. 214, und über die Fusion der Aktiengesellschaften die Erläuterungen zu Art. 247.

---

7) S. die Erläuterungen zu Art. 247.

8) Vgl. Anschütz in Tauchnitz u. Siebenhaar's Archiv f. Handels- und Wechselrecht Bd. XIII S. 43 f.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältniß der Aktionäre.

Art. 216.

Jeder Aktionär hat einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft.

Er kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern und hat, so lange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Aktionäre bestimmt ist.

I. Entw. Art. 195. — II. Entw. Art. 201. — Prot. S. 345, 1042 f.

I. Wie alle Handelsgesellschaften, so hat insbesondere auch die Aktiengesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person, der Art. 213 läßt hierüber keinen Zweifel. Subjekt des Gesellschaftsvermögens ist die juristische Person, die Gesellschaft als solche, nicht aber sind es die einzelnen Aktionäre. Hiermit steht der Art. 216 Abs. 1 nicht im Widerspruche, die letztere Bestimmung hat nicht die Bedeutung, daß durch sie die Aktionäre zu Miteigenthümern am Gesellschaftsvermögen erklärt werden sollen, sondern unter dem verhältnißmäßigen Antheile, welchen der einzelne Aktionär haben soll, ist nur der Komplex der gesammten Berechtigung des Aktionärs zu verstehen. Diese Berechtigung soll eine verhältnißmäßige sein[1]); der Aktionär ist berechtigt nach Verhältniß seines Aktienbesitzes, d. h. nach demjenigen Verhältnisse, in welchem die Zahl seiner Aktien zu der Gesammtzahl der Aktien der Gesellschaft steht. Wie wenig der einzelne Aktionär Miteigenthümer am Gesellschaftsvermögen ist (Miteigenthümer, Mitgläubiger, Mitschuldner), geht schon daraus hervor, daß die durch die Aktien dokumentirten Antheile in Geld ausgedrückt sind, während jenes Vermögen überall nicht blos in einer bestimmten Geldsumme sondern aus den verschiedensten Gegenständen besteht, es fehlt also selbst an der Identität des Objektes, an welchem das gesellschaftliche Miteigenthum der Aktionäre stattfinden könnte[2]).

---

[1]) Wie v. Hahn (zu Art. 213 §. 2) mit Recht hervorhebt, liegt der Nachdruck im Art. 216 nicht auf dem Worte „Antheil" sondern auf dem „verhältnißmäßig"

[2]) Das Richtige hat auch hier Windscheid, Pandekten §. 58 Anm. 5: „Die

Ebensowenig folgt aus dem Art. 216, daß der Prozeß einer Aktiengesellschaft ein Rechtsstreit der einzelnen Aktionäre ist, wobei die letzteren als Litiskonsorten aufzufassen sein würden. Der einzelne Aktionär ist vielmehr in einem Prozesse der Gesellschaft überhaupt nicht Partei, und hieraus folgt, daß in einem solchen Prozesse ein Richter auch nicht schon deshalb zur Ausübung des Richteramtes unfähig ist und perhorrescirt werden kann, weil er Aktionär der Gesellschaft ist. Vielmehr hat der Aktionär nur ein mittelbares Interesse am Verluste und Gewinne der Gesellschaft und von der Erheblichkeit dieses Interesses im einzelnen Falle hängt es ab, ob und wie weit die Unbefangenheit des Richters durch seine Eigenschaft als Aktionär als beeinträchtigt anzusehen ist [3]).

II. Der Abs. 2 des Art. 216 spricht den Aktionären das Recht ab, die Rückzahlung der auf die Aktien eingezahlten Beträge vor Auflösung der Gesellschaft fordern zu können. Dies ist nicht dahin zu verstehen, als ob dieses Recht während des Bestehens der Gesellschaft nur ruhe, mit der Auflösung derselben aber auflebe. Vielmehr besteht ein solches Recht auch nach der Auflösung nicht, denn der Aktionär hat alsdann nur einen Anspruch auf Vertheilung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens nach Abzug der Schulden (Art. 244, 245) und auf Auszahlung der auf die einzelnen Aktien fallenden Beträge.

Eine Ausnahme findet in dem Falle statt, wenn die Generalversammlung unter Beobachtung der im Art. 248 enthaltenen gesetzlichen Vorschriften eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitales beschließt [4]).

Art. 217.

Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre nicht bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung

---

Einzelnen haben gegen das wahre Vermögenssubjekt (die Aktiengesellschaft) Forderungsrechte, das gilt nicht minder in Betreff des Ertrages des Vermögens als in Betreff des Vermögens selbst; ökonomisch ist das Einkommen der Gesellschaft Eigenthum der Aktionäre, aber nicht juristisch."

[3]) Erk. des O.-A.-Gerichtes zu Lübeck v. 8. Dez. 1864 in Seuffert's Archiv Bd. XIX S. 418.

[4]) Eine weitere Ausnahme kann stattfinden im Falle einer bedingten Aktienzeichnung, s. hierüber oben zu Art. 177 §. III (S. 428 bis 431).

eines Reservekapitales bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuß ergibt.

Jedoch können für den im Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden.

Preuß. Entw. Art. 179. — I. Entw. Art. 196. — II. Entw. Art. 202. — Prot. S. 212 f., 1043 f., 1053 f., 1448 f.

I. Das Verbot der Zusicherung sowie der Auszahlung fester, nöthigenfalls aus dem Grundkapitale zu leistender Zinsen an die Aktionäre ist nur eine Folgerung aus dem Verbote der theilweisen Zurückzahlung des Grundkapitales an die Aktionäre. Eine Zurückzahlung des ganzen Grundkapitales würde die Auflösung der Gesellschaft nach sich ziehen und nur in Verbindung mit der Auflösung gültig erfolgen können. Ebenso kann auch die theilweise Zurückzahlung nur unter Beobachtung der im Art. 248 enthaltenen Vorschriften erfolgen und die Mitglieder des Vorstandes sind den Gläubigern der Gesellschaft für die Einhaltung dieser Vorschriften persönlich und solidarisch verhaftet (Art. 241 Abs. 2). Diese Vorschriften würden aber umgangen werden können, wenn es der Gesellschaft gestattet wäre, Zinsen oder Gewinn an die Aktionäre auszuzahlen, ohne daß ein reiner Ueberschuß vorliegt. Denn alsdann würden die Zahlungen aus dem Grundkapitale selbst erfolgen oder, mit anderen Worten, es würde eine theilweise, und bei regelmäßiger Wiederkehr solcher Auszahlungen zugleich auch eine successive Zurückzahlung des Grundkapitales stattfinden, durch welche den Gläubigern der Gesellschaft das ihnen zugesicherte Befriedigungsobjekt entzogen und die Aktionäre sich auf Kosten der Gläubiger bereichern würden [1]).

II. Wenn aus diesen Gründen die Zusicherung sowie die Auszahlung fester Zinsen untersagt ist, so findet dieses Verbot keine Anwendung auf den Fall, wenn in den Statuten oder bei der jährlichen Abrechnung

---

[1]) Die Praxis der Aktiengesellschaften weist in der That eine Anzahl von Fällen nach, in denen das Grundkapital durch solche alljährliche Zinszahlungen wirklich nach und nach an die Aktionäre zurückgezahlt worden und schließlich nur ein kleiner Rest desselben übrig geblieben ist. Uebrigens kann eine Verletzung oder Umgehung der im Art. 217 enthaltenen Vorschriften auch darin liegen, daß ungeachtet des mangelnden Reingewinnes zwar nicht Geld, wohl aber Vorräthe oder industrielle Produkte der Gesellschaft und dgl. unter die Aktionäre vertheilt werden.

einer Aktiengesellschaft ein bestimmter Theil des Reingewinnes als Zinsen bezeichnet und erst der diese sogenannten Zinsen übersteigende Ueberschuß Dividende oder Superdividende, Extradividende genannt wird. Denn nicht diese Benennung ist untersagt sondern nur die Zusicherung fester Zinsen und die Auszahlung derselben aus dem Grundkapitale [2]).

Noch weniger bezieht sich das im Art. 217 enthaltene Verbot auf diejenigen Zinsen, welche nach den Usançen der Börsenplätze beim Einkaufe und Verkaufe von Aktien berechnet und dem Verkäufer für die seit Anfang des Betriebsjahres oder seit einem anderen supponirten Zinstermine abgelaufene Zeit vom Käufer vergütet werden [3]).

Unter denselben Gesichtspunkt fällt namentlich auch die Ausgabe von Prioritäts-Stammaktien, bei welchen den Inhabern nur ein Vorrecht auf eine bestimmte Quote des Reingewinnes vor den übrigen Aktien, den s. g. Stammaktien, eingeräumt wird. Dieser prioritätische Gewinnantheil wird zwar in einem bestimmten Prozentsatze ausgedrückt und häufig als Zins bezeichnet, so daß man von fünfprozentigen, vierprozentigen Prioritäts-Stammaktien spricht, allein die Inhaber der Aktien haben gleichwohl keinen festen Anspruch auf Zahlung dieser sogenannten Zinsen, sondern eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung derselben besteht nur insoweit, als der jährliche Reingewinn (Art. 217) dazu hinreicht. Die Inhaber der Prioritäts-Stammaktien sind nicht Zinsgläubiger, sondern nur Dividendengläubiger, wie alle Aktionäre; sie genießen bei der Vertheilung der Dividende ein Vorzugsrecht, die Ausübung dieses Vorzugsrechtes hängt aber davon ab, ob überhaupt eine Dividende zur Vertheilung kommt [4]). Rücksichtlich des auf die Aktien eingezahlten Kapitales sind die Inhaber der Prioritäts-Stammaktien ebensowenig Gläubiger wie die übrigen Aktionäre, wohl aber sind es die Inhaber

---

[2]) So ist es z. B. eine bloße Benennung, wenn die Statuten die Bestimmung enthalten, daß von dem Reingewinne zuerst vier Prozent als Zinsen auf die Aktien vertheilt werden sollen, dann zehn Prozent als Tantième an den Verwaltungsrath, ferner zehn Prozent zum Reservefonds gezahlt und der Rest als Dividende vertheilt werden sollen.

[3]) Nach der Berliner Börsen-Usançe betragen diese Zinsen bei vielen derartigen Aktien (auch wenn für dieselben gar keine Dividende in Aussicht steht) vier Prozent. Bei Aktien mit Zinsgarantie berechnet man sich gegenseitig die garantirten Zinsen, ebenso bei Prioritätsaktien die prioritätischen Zinsen.

[4]) Deshalb sind die Coupons der Prioritäts-Stammaktien auch nicht Zinscoupons sondern Dividendenscheine, ausgenommen während der Vorbereitungszeit des Unternehmens (Art. 217 Abs. 2). Zu der prioritätischen Dividende kann aber noch eine Zinsgarantie oder vielmehr Dividendengarantie durch einen Dritten hinzukommen, s. Anm. 9.

von Prioritätsobligationen, und zwar sowohl hinsichtlich des Kapitales als der Zinsen.

Im geschäftlichen Leben werden in Folge eines älteren, nicht zu billigenden Sprachgebrauches die Prioritätsobligationen nicht selten noch Prioritätsaktien genannt, während sie keine Aktien, sondern prioritätische Schuldforderungen sind. Gefährlicher kann die umgekehrte Verwechslung werden, bei welcher Prioritäts-Stammaktien als Prioritätsobligationen bezeichnet oder von den Erwerbern für letztere gehalten werden. Sowohl die Prioritätsobligationen als die Prioritäts-Stammaktien bezeichnet man bisweilen schlechthin als Prioritäten, so daß man zwischen den verschiedenen Arten von Prioritäten unterscheiden und im einzelnen Falle erst feststellen muß, welche Art von Papieren gemeint ist[5]).

Die Prioritätsobligationen gehen sowohl hinsichtlich des Kapitales wie der Zinsen den sämmtlichen Aktien, den Stammaktien wie den Prioritäts-Stammaktien, vor, es ist ihnen das gesammte Vermögen der Gesellschaft verhaftet. Andererseits ist aber auch den Inhabern der Stamm-Prioritätsaktien in den Statuten einzelner Aktiengesellschaften noch das weitere Vorrecht eingeräumt, daß sie im Falle der Auflösung der Gesellschaft aus dem nach Abzug der Schulden zur Vertheilung kommenden Gesellschaftsvermögen vor den Inhabern der übrigen Aktien befriedigt werden sollen[6]). Indeß versteht sich diese Ausdehnung des prioritätischen Anspruches auf das Kapital keineswegs von selbst, und sie würde nicht supplirt werden können, wenn sie in den Statuten einer Gesellschaft nicht enthalten ist.

Endlich besteht rücksichtlich des Anspruches auf einen bestimmten Theil des Reingewinnes bei den Prioritäts-Stammaktien der verschiedenen Gesellschaften auch noch eine Verschiedenheit darin, daß nach einigen Statuten derjenige Theil der prioritätischen Dividende, welcher in einem Jahre wegen mangelnden Reingewinnes nicht gezahlt werden kann, aus den Ueberschüssen der folgenden Jahre nachzuzahlen ist, nach anderen Statuten dagegen nicht[7]). Die erstere Bestimmung kann ebenfalls nur dann zur Anwendung kommen, wenn sie in den Statuten enthalten ist;

---

[5]) S. die Ausführungen bei Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Aktienstreit S. 23 u. f. und die in diesem Rechtsstreite ergangenen Erkenntnisse, ferner Ladenburg, Prioritätsobligationen oder Prioritätsaktien in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. V S. 246.

[6]) Vgl. z. B. das Statut der Halle-Sorau-Gubener Eisenbahngesellschaft von 1868 §. 22 a. E. (Preuß. Gesetzs. 1868 S. 376).

[7]) Rein formell betrachtet gewährt die erstere Bestimmung dem prioritätischen Anspruche noch eine besondere Sicherheit. Indeß ist bei fortdauernd unge-

denn an sich betrachtet bezieht sich der prioritätische Anspruch stets nur auf den konkreten Reingewinn jedes einzelnen Betriebsjahres, und dieser Reingewinn bildet ein abgeschlossenes Ganze.

III. Das Verbot der Zusicherung fester Zinsen bezieht sich ferner nicht auf die verschiedenen Fälle der Zinsgarantie oder vielmehr Dividendengarantie, welche einem Aktienunternehmen vom Staate, von Gemeinden, Korporationen oder anderen Dritten entweder für immer oder auf bestimmte Zeit ertheilt werden kann[8]). Vielmehr findet bei solchen Zinsgarantieen gerade die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift statt, daß nur der jährliche reine Ueberschuß des Unternehmens unter die Aktionäre vertheilt werden soll. Reicht dieser Ueberschuß zur Zahlung einer bestimmten, in Prozenten ausgedrückten Minimal-Dividende nicht hin, so soll nicht das Grundkapital angegriffen werden, sondern es soll alsdann der Bürge verpflichtet sein, das Fehlende aus seinem Vermögen zuzuschießen[9]). Bei den garantirten Aktien kann dann zwischen der garantirten Dividende und der darüber hinausgehenden Superdividende unterschieden werden[10]).

IV. Reservefonds.

Die näheren Bestimmungen über die Ansammlung eines Reservefonds hat das Gesetzbuch den Statuten der einzelnen Gesellschaften überlassen, die Bildung eines Reservefonds ist im allg. d. HGB. überhaupt nicht zwangsweise vorgeschrieben, sie findet nur dann und nur insoweit

---

nügendem Reinertrage des Unternehmens den Aktionären auch mit dieser Sicherheit nicht geholfen.

8) Vgl. Renaud a. a. O. S. 613. Jacques, die Rechtsverhältnisse der mit Zinsengarantie versehenen Eisenbahnaktiengesellschaften, Wien 1864, und hierzu Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 208.

9) Die Zinsgarantie für Aktien kommt gegenwärtig in den verschiedensten Formen vor, mitunter ist sie mit einem prioritätischen Dividendenanspruche der garantirten Aktien verbunden. S. Anm. 4. So ist den Thüringischen Eisenbahnaktien lit. C. (Gera-Eichicht, 1868) von den betheiligten Staatsregierungen ein Ertrag von vier und ein halb Prozent in der Weise garantirt, daß der etwa nöthige Zuschuß zuerst aus dem Reinertrage des Stammunternehmens der Gesellschaft (d. h. der Aktien Lit. A) zu 1/4 Prozent geleistet wird, hierauf die betheiligten Staaten pro rata der in ihrem Gebiete belegenen Bahnstrecken die nächsten 3 1/2 Prozent und zuletzt wieder das Stammunternehmen für die letzten drei Viertel Prozent eintreten. Vgl. Preußische Gesetzsammlung v. 1868 S. 564.

10) Diese Unterscheidung ist auch bei den Prioritäts-Stammaktien anwendbar. Bei den garantirten Aktien kommen auch besondere Koupons für die garantirte (sichere) Dividende und für die ungewisse Superdividende vor.

statt, als die Statuten eine Bestimmung darüber aufgenommen haben[11]). Indessen pflegt da, wo die Staatsgenehmigung zu Errichtung einer Aktiengesellschaft erforderlich ist, die Aufnahme von Bestimmungen über die Bildung eines Reservefonds in das Statut als Bedingung der Staatsgenehmigung vorgeschrieben zu werden[12]).

Da der Reservefonds nicht zum Grundkapitale der Gesellschaft gehört, sondern aus angesammeltem Gewinne besteht, auf welchen die Gläubiger der Gesellschaft kein wohlerworbenes Recht haben, so erscheint es als rechtlich zulässig, wenn die Statuten die Bestimmung enthalten, daß, wenn in einem Jahre der Reinertrag des Unternehmens nicht hinreichen sollte, um eine bestimmte Minimaldividende zu vertheilen, das Fehlende aus dem Reservefonds zu ergänzen ist[13]). Dadurch, daß der Gesellschaftsvertrag in das Handelsregister eingetragen wird, kommen übrigens auch solche Bestimmungen zur Kenntniß aller Derer, die das Register einsehen (Art. 209 Ziff. 6 und Art. 210).

V. Wenn im Laufe des Geschäftsjahres Abschlagszahlungen auf die zu erhoffende Dividende geleistet werden, so geschieht dies unter der persönlichen und solidarischen Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstandes, welche dabei mitgewirkt haben[14]). Solche Abschlagszahlungen können nur unter der stillschweigenden Bedingung erfolgen, daß sie zurückzuzahlen sind, wenn und insoweit sich bei der Aufmachung der Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahres ergibt, daß der zur Zeit der Leistung der Abschlagszahlungen vorhanden gewesene oder berechnete Gewinn inzwischen wieder verloren gegangen ist, daß also die Abschlagszahlungen dem Grundkapitale entnommen worden sind[15]).

---

[11]) S. Art. 209 Ziff. 6.

[12]) Häufig findet sich in den Statuten die Bestimmung, daß der Reservefonds den zehnten Theil des Aktienkapitales betragen, d. h. daß er bis zu dieser Höhe angesammelt werden soll. Bei den Eisenbahnaktiengesellschaften wird zwischen dem Reservefonds und dem Erneuerungsfonds unterschieden; letzterer ist zur Bestreitung bestimmter Reparaturkosten am Bahnkörper wie an den Lokomotiven und Wagen bestimmt.

[13]) Renaud a. a. O. und die daselbst angeführten Beispiele, ebenso Auerbach, das neue Handelsgesetz I S. 185. Ein anderes Beispiel aus neuerer Zeit s. bei Weinhagen, Aktiengesellschaften S. 162. Da die Bestimmungen über den Reservefonds überhaupt nur fakultativer Natur sind, so steht wenigstens nach dem allg. d. HGB. ein rechtliches Bedenken nicht entgegen.

[14]) Man unterscheidet dann Abschlagszahlungen und Rest-Dividendezahlung.

[15]) Nach den Beschlüssen der ersten Lesung sollten die Abschlagszahlungen gestattet sein, I. Entwurf Art. 196 Abs. 3: „Auch können im Laufe des Geschäftsjahres aus dem vorhandenen Gewinne Abschlagszahlungen auf die

VI. Zu Abs. 2. Zinsen während der Vorbereitungszeit des Unternehmens.

Die im zweiten Absatze des Art. zugelassene Ausnahme ist aus rein praktischen Gründen aufgenommen worden, während sie vom prinzipiellen Standpunkte aus als eine Inkonsequenz erscheint. Denn während der Vorbereitungszeit des Unternehmens, also bei Eisenbahnen und Fabrikanlagen während der Bauzeit, ist ein Reinertrag in der Regel noch nicht vorhanden. Wenn demnach die Zahlung fester Zinsen während dieses Zeitraumes gleichwohl erlaubt sein soll, so liegt darin nichts Anderes als die Gestattung einer partiellen Zurückzahlung des Grundkapitales an die Aktionäre, eine Zurückzahlung, welche auch im Wege der Kompensation oder der Zurückbehaltung eines Theiles der Einzahlungen Seitens der Aktionäre erfolgen kann, insoferne die Zinsen der bereits geleisteten Einzahlungen bei den späteren Einzahlungen in Abzug gebracht werden. Die Gesellschaft erhält auf diese Weise nicht das volle Grundkapital, so daß das effektiv eingezahlte Kapital ein geringeres ist als das nominelle Kapital. Das Resultat der ganzen Operation ist, daß die Aktien faktisch unter Pari begeben werden[16]). Obgleich nun diese Zinszahlungen in Wahrheit keine Zinszahlungen sondern nur Rückzahlungen und Abzüge von den Einzahlungen sind, so muß doch zugestanden werden, daß ohne eine solche Vergütung während der oft langen Vorbereitungszeit die Betheiligung des Publikums an Aktienunternehmungen wesentlich geringer sein würde, indem der Aktionär den Zinsgenuß seines eingezahlten Kapitales nicht für so lange Zeit entbehren will. In der Praxis werden die während der Bauzeit zu zahlenden Aktienzinsen aus dem Baufonds gezahlt, sie werden zu den gesammten Bau- und Einrichtungskosten hinzugerechnet, sie haben die Natur nothwendiger Ausgaben und werden dem Gesellschaftsvermögen (der Gesellschaftskasse) aus dem späteren Gewinne nicht ersetzt[17]).

Dividende geleistet werden". In der zweiten Lesung wurde jedoch diese Bestimmung wieder gestrichen, weil sie die Vorschrift im ersten Absatze des Art. wieder völlig aufhebe.

[16]) S. Art. 222 Ziff. 1.

[17]) A. M. Renaud a. a. O. S. 613, s. jedoch Keyßner in Busch' Archiv Bd. VIII S. 406. Uebrigens sind die Fälle nicht eben selten, in denen die Aktien nur während der Vorbereitungszeit des Unternehmens einen Ertrag geben, weil ihnen statutenmäßig feste Zinsen gezahlt werden müssen, während später entweder keine oder doch nur eine geringere Dividende erzielt wird.

VII. Anwendbarkeit des Art. 217 auf ältere Aktiengesellschaften.

Bestritten ist die Frage, ob die Vorschriften des Art. 217 auch auf solche Aktiengesellschaften anwendbar sind, welche den Aktionären vor Einführung des allg. d. HGB.'s in ihren Statuten feste Aktienzinsen zugesichert haben [18]). Die Frage ist aus dem Grunde zu bejahen, weil nach der richtigen Ansicht schon vor dem allg. d. HGB. die Auszahlung von Aktienzinsen und Dividenden nur insoweit zulässig war, als dieselbe aus dem Reingewinne des Unternehmens erfolgte, nicht aber auch dann, wenn die Summen dem Grundkapitale entnommen werden mußten [19]). Schon das nicht blos für Preußen sondern für die Beurtheilung des gesammten früheren deutschen Aktienrechtes wichtige preußische Gesetz vom 9. November 1843 über die Aktiengesellschaften, welches seinem Hauptinhalte nach in das allg. d. HGB. übergegangen ist, enthielt in §. 17 das ausdrückliche Verbot der Zusicherung fester Zinsen mit Ausnahme der im Statute anzugebenden Vorbereitungs- oder Bauzeit, und bestimmte, daß mit dem Beginne des vollen Betriebes ein Mehreres als der jährliche reine Ueberschuß weder an Zinsen noch an Dividenden vertheilt werden könne. Diese Bestimmungen enthielten nur Folgerungen aus der rechtlichen Natur der Aktiengesellschaft und aus der Haft der letzteren mit dem statutenmäßigen Grundkapitale.

Wenn nun gleichwohl viele landesherrlich genehmigte Statuten den Aktionären feste Aktienzinsen zusicherten, so war diese Zusicherung nur als eine eventuelle zu verstehen, und nur der Fall der Zinsgarantie durch den Staat oder einen anderen Dritten machte eine Ausnahme. Die landesherrliche Genehmigung der Statuten vermag an dem Rechtscharakter solcher Bestimmungen nichts zu ändern [20]), jene Zinsen waren auch früher

---

[18]) Die Frage wird bejaht von Renaud a. a. O. S. 821, verneint von v. Kräwel, Kommentar S. 212, 267, und von Christ in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 413, 427. In der Regel wird die Frage mit Unrecht so gestellt, ob der Art. 217 rückwirkende Kraft habe, während doch vor Allem zu untersuchen wäre, ob der Art. 217 überhaupt neues Recht enthält oder nicht vielmehr kodifizirtes altes Recht.

[19]) Renaud a. a. O. S. 592 bis 597, Brinckmann, Handelsrecht S. 253, Erk. der Juristenfakultät Halle v. Februar 1869 in Sachen der Aktiengesellschaft Zuckersiederei-Kompagnie Bernburg wider mehrere Aktionäre der Gesellschaft.

[20]) S. oben zu Art. 208 Abs. 1.

nur als eine bestimmte Quote der voraussichtlichen Dividende anzusehen und ohne Reingewinn ist eine Dividende nicht denkbar [21]).

Demnach war das in den Statuten einer Gesellschaft enthaltene Versprechen von festen Aktienzinsen auch schon vor dem allg. d. HGB. klaglos, sobald die Gesellschaft beweisen konnte, daß ein Reingewinn nicht vorhanden sei und in diesem Sinne haben die Gerichte auch schon vor dem allg. d. HGB. erkannt [22]). Die weitere Frage, ob der Vorstand der Gesellschaft die nicht aus dem Reingewinne gezahlten Zinsen und Dividenden von den Aktionären zurückfordern könne, scheint vor dem allg. d. HGB. nicht zur gerichtlichen Entscheidung gekommen zu sein [23]). Nach dem allg. d. HGB. und rücksichtlich der seit Publikation desselben geleisteten Zahlungen kann die Legitimation des Vorstandes zur Anstellung der Rückforderungsklage nicht bezweifelt werden (s. Art. 218 und 248), und zwar nach dem Grundsatze, daß neue Gesetze auf schon bestehende Rechtsverhältnisse dann anzuwenden sind, wenn sich die Thatsache, um deren Rechtsfolge es sich handelt, also hier die Zahlung der Zinsen oder Dividenden, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ereignet hat [24]).

Art. 218.

Der Aktionär ist in keinem Falle verpflichtet, die in gutem Glauben empfangenen Zinsen und Dividenden zurückzugeben.

Preuß. Entw. Art. 189. — I. Entw. Art. 197. — II. Entw. Art. 203. — Prot. S. 335 f., 1044.

I. Die Klage auf Rückerstattung der nicht aus dem Reingewinne

---

[21]) Völlig zutreffend spricht sich hierüber eine k. sächsische Ministerialverordnung v. 31. Juli 1839 aus, welche bei Renaud a. a. O. S. 604 gedruckt ist.

[22]) Erk. des Appellhofes zu Köln v. 1. April 1844 und des Rheinischen Revisionshofes zu Berlin v. 19. Mai 1845 im Archiv des Civil- und Krim.-Rechts für die preuß. Rheinprovinz Bd. 37, I, S. 50 und Bd. 39, II, S. 29. Brinckmann, Handelsrecht §. 63 Anm. 16.

[23]) Auch in dem bei Renaud S. 589 Anm. 1 angeführten französischen Erkenntnisse (Appellhof zu Rouen, 1863) ist nur entschieden worden, daß der Syndik einer falliten Aktiengesellschaft (der Masseverwalter oder Curator bonorum, Code de comm. Art. 480, 528) die Zahlungen anfechten könne

[24]) Savigny, System Bd. VIII S. 531.

gezahlten Zinsen und Dividenden ist eine condictio sine causa, eine Klage aus einem Haben ohne Grund, aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Privatvermögens der Aktionäre aus dem Gesellschaftsvermögen. Die Klage steht nicht blos den Gläubigern der Gesellschaft im Falle der Insolvenz der letzteren [1]), sondern auch dem Vorstande während des Bestehens der Gesellschaft zu. Die Verpflichtung zur Rückerstattung solcher unrechtmäßig empfangener Zahlungen ist eine Schuld der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft und der Vorstand ist sowohl berechtigt als verpflichtet, die Forderungen der Gesellschaft einzuklagen (Art. 227), ohne Rücksicht darauf, ob die Schuldner Aktionäre oder fremde Personen sind. Auch ist der Vorstand nicht gezwungen, die Klage auf Rückerstattung gleichzeitig gegen sämmtliche betheiligte Aktionäre anzustellen; die Klage ist vielmehr gegen jeden einzelnen als selbstständige Klage begründet, und zwar unabhängig davon, ob der Verklagte noch Aktionär ist oder nicht, genug, daß er es bei Empfangnahme der Zahlung gewesen ist [2]).

II. Eine Verpflichtung zur Rückzahlung besteht jedoch für den Aktionär nur dann, wenn derselbe bei Empfangnahme der Zahlung in bösem Glauben gewesen ist. Der gute Glaube wird auch hier präsumirt, der böse Glaube muß von der klagenden Gesellschaft oder, wenn die Klage von den Gläubigern angestellt wird, von diesen bewiesen werden, d. h. es müssen solche Thatsachen bewiesen werden, aus denen der böse Glaube des verklagten Aktionärs folgt. In dieser Beziehung genügt es aber, wenn bewiesen wird, daß der Aktionär bei Empfangnahme der Zahlung wußte, daß ein Reingewinn nicht vorhanden sei [3]). Guter Glaube ist hier der Glaube, daß ein nach Art. 217 zu vertheilender Reingewinn vorhanden sei, böser Glaube ist die Kenntniß der Thatsache, daß kein solcher Reingewinn vorhanden ist. Dagegen ist ein besonderer Dolus des Verklagten hier

---

[1]) Wird die Klage nicht vom Vorstande der Gesellschaft, sondern von den Gläubigern angestellt, so kann sie auch als eine der actio Pauliana nachgebildete Klage aufgefaßt werden (s. oben S. 379 §. IV zu Art. 165), nur darf man zur Begründung derselben nicht die Behauptung eines Dolus des Verklagten verlangen, es genügt, daß der Verklagte bei Empfang der Zahlung im bösen Glauben war.

[2]) Selbstverständlich haftet der zeitige Besitzer einer Aktie nicht für diejenigen Zahlungen, welche der Vorbesitzer derselben mala fide empfangen hat, außer wenn er zugleich Universalsuccessor des letzteren ist.

[3]) Dies geht auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 218 hervor, welchem der Art. 189 des preuß. Entwurfes zu Grunde liegt. Der letztere Artikel verweist bei den Worten „in gutem Glauben" auf Art. 174 des Entwurfes, welcher den gegenwärtigen Art. 217 und 248 entspricht.

so wenig erforderlich wie in anderen gleichartigen Fällen der condictio sine causa [4]). Auch derjenige befindet sich im bösen Glauben, welcher die Thatsache des mangelnden Reingewinnes kennt, gleichwohl aber vielleicht im Hinblicke auf die Statuten die Zahlung für rechtsbeständig hält; es liegt alsdann nicht einmal ein Rechtsirrthum vor, sondern ein innerer Widerspruch hinsichtlich der Auffassung der Begriffe von Zins und Gewinn.

Art. 219.

Der Aktionär ist nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmäßig zu leistenden Beitrag.

Pr. Entw. Art. 188. — I. Entw. Art. 198. — II. Entw. Art. 204. — Prot. S. 335, 1045, 4649.

Art. 220.

Ein Aktionär, welcher den Betrag seiner Aktie nicht zur rechten Zeit einzahlt, ist zur Zahlung von Verzugszinsen von Rechtswegen verpflichtet.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Theiles desselben Konventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden; auch kann bestimmt werden, daß die säumigen Aktionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen.

Preuß. Entw. Art. 187. — I. Entw. Art. 199. — II. Entw. Art. 205. — Prot. S. 334, 1045.

---

[4]) S. Windscheid, Pandekten §. 423.

Art. 221.

Ist im Gesellschaftsvertrage keine besondere Form, wie die Aufforderung zur Einzahlung geschehen soll, bestimmt, so geschieht dieselbe in der Form, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage überhaupt erfolgen müssen (Art. 209 Ziff. 11).

Jedoch kann in keinem Falle ein Aktionär seines Anrechtes verlustig erklärt werden, wenn nicht die Aufforderung zur Zahlung mindestens dreimal in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 209 Ziff. 11), das letzte Mal wenigstens vier Wochen vor dem für die Einzahlungen gesetzten Schlußtermine, bekannt gemacht worden ist. Wenn die Aktien auf Namen lauten und ohne die Einwilligung der übrigen Aktionäre nicht übertragbar sind, so kann die Bekanntmachung dieser Aufforderungen durch besondere Erlasse an die einzelnen Aktionäre statt der Einrückungen in die öffentlichen Blätter erfolgen.

Preuß. Entw. Art. 187. — I. Entw. Art. 200. — II. Entw. Art. 206. — Prot. S. 334, 1045, 1447 f.

Art. 222.

Wenn die Aktien oder Aktienantheile auf Inhaber gestellt werden, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

1) Die Ausgabe der Aktien darf vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages derselben nicht erfolgen; ebensowenig dürfen über die geleisteten Partialzahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf Inhaber lauten, ausgestellt werden.
2) Der Zeichner der Aktie ist für die Einzahlung von vierzig Prozent des Nominalbetrages der Aktie unbedingt verhaftet; von dieser Verpflichtung kann derselbe weder durch Uebertragung seines Anrechtes auf einen Dritten sich befreien, noch Seitens der Gesellschaft entbunden werden; wird der Zeichner der Aktie, wegen verzögerter Ein-

zahlung, seines Anrechtes aus der Zeichnung verlustig erklärt (Art. 220), so bleibt er demungeachtet zur Einzahlung von vierzig Prozent des Nominalbetrages der Aktie verpflichtet.

3) Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß und unter welchen Maßgaben nach erfolgter Einzahlung von vierzig Prozent die Befreiung des Zeichners von der Haftung für weitere Einzahlungen zulässig sei, und daß im Falle der eingetretenen Befreiung über die geleisteten Einzahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf Inhaber lauten, ausgestellt werden dürfen.

Preuß. Entw. Art. 190. — I. Entw. Art. 201. — II. Entw. Art. 207. — Prot. S. 336 f., 1045 f.

I. Zu Ziff. 1.

1) Die Bestimmungen des Art. beziehen sich nur auf Inhaberaktien, hinsichtlich der Namenaktien kommt der Art. 223 zur Anwendung. Die Bestimmungen zerfallen in solche, welche überhaupt nicht abgeändert werden können, dies sind die essentiellen oder prohibitiven Bestimmungen, und in solche, welche abänderlich sind, welche also nur subsidiär zur Anwendung kommen. Die letzteren zerfallen wieder in solche, deren Abänderung durch den Gesellschaftsvertrag allgemein zuläßig ist (Art. 222 Ziff. 3) und in solche, welche nur auf Grund einer besonderen landesgesetzlichen Vorschrift abgeändert werden können; letzteres ist der Fall rücksichtlich der vierzig Prozent Einzahlung (Art. 222 Ziff. 3), die Landesgesetze können die Herabsetzung derselben auf fünfundzwanzig Prozent für besondere Arten oder besondere Fälle gestatten (Art. 249 Ziff. 1 a. E.).

2) Ueber Promessen und Interimsscheine s. die Erläuterungen zu Art. 173 Abs. 4. Die Vorschrift, daß diese Urkunden nicht auf den Inhaber ausgestellt werden dürfen, ist nicht prohibitiver, sondern nur subsidiärer Natur, denn nach Ziff. 3 des Art. kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß die gänzliche Befreiung des Aktienzeichners schon nach Einzahlung von vierzig Prozent eintreten und daß die nach eingetretener Befreiung ausgestellten Promessen und Interimsscheine auf den Inhaber lauten dürfen.

3) Dagegen ist die Bestimmung, daß vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages keine Aktien (also nur Interimsscheine und dergleichen interimistische Urkunden) ausgegeben werden sollen, allerdings prohibitiver Natur, da die Abänderung derselben durch den Gesellschaftsvertrag im allg. d. HGB. nicht gestattet ist.

Die in der Praxis vorkommende Emission von Aktien unter Pari enthält zweifellos eine Abweichung von dieser Vorschrift, es kommt hinzu, daß bei der Emission unter Pari die Gesellschaft niemals das statutenmäßige Stammkapital erhält. Findet eine solche Ausgabe der Aktien auf Grund eines für die betreffende Gesellschaft erlassenen Spezialgesetzes statt, so ist an der Legalität der Maßregel selbstverständlich nicht zu zweifeln. In einem solchen Falle ist einerseits der Aktienzeichner, welcher auf Grund der Zeichnungsbedingungen die nominell auf Hundert Thaler lautenden Aktien zum Kurs von achtzig Prozent gezeichnet hat, auch nur zur Einzahlung von achtzig Prozent verpflichtet, und andererseits beträgt das den Gläubigern haftende Gesellschaftskapital in Wahrheit auch nicht die nominelle Summe, sondern diese Summe nur nach Abzug von zwanzig Prozent, so daß zwischen dem nominellen und dem effektiven Kapitale unterschieden werden muß [1]). Ganz dasselbe gilt in dem Falle, wenn die Emission unter Pari auf Grund einer staatlich genehmigten, in das Handelsregister eingetragenen und nach Art. 210 Ziff. 4 veröffentlichten Bestimmung des Gesellschaftsvertrages erfolgt. Denn alsdann sind die Gesellschaftsgläubiger in legaler Weise benachrichtigt, daß ihnen nicht das nominelle sondern nur das effektive Grundkapital haftet, zu dessen Einzahlung die Aktionäre allein verpflichtet

---

[1]) Fälle dieser Art, in denen die Ausgabe unter Pari durch ein Spezialgesetz gestattet wird, kommen hauptsächlich bei solchen Aktien vor, für welche der Staat eine Zinsgarantie übernommen hat. So bestimmt der durch das preuß. Gesetz v. 7. Juli 1866 genehmigte Vertrag zwischen der k. preußischen Regierung und der Rheinischen Eisenbahngesellschaft vom 10. April 1866 (preuß. Gesetzsammlung 1866 S. 448 f.) hinsichtlich der mit vier Prozent vom Staate garantirten Rheinischen Eisenbahnaktien Lit. B in §. 7: „Die Rheinische Eisenbahngesellschaft ist nicht berechtigt, ohne ausdrückliche Zustimmung der Staatsregierung Aktien unter Pari zu emittiren, auch kann dieselbe von der Staatsregierung nicht zu einer Emission unter dem vorangegebenen Kurse angehalten werden", und in §. 6: „Bei der Berechnung und Feststellung des Anlagekapitales werden die ausgegebenen Aktien ohne Rücksicht auf die bei der Begebung etwa eingetretenen Kursverluste zum vollen Nennwerth berechnet". Ferner bestimmt der Vertrag zwischen der Thüringischen Eisenbahngesellschaft und den betheiligten fünf Regierungen v. 4. Dez. 1867 (preuß. Gesetzs. 1868 S. 562) über den Bau einer Bahn von Gera nach Eichicht in §. 6: „Die Thüringische Eisenbahngesellschaft soll nicht gehalten sein, den Bau der Bahn früher zu beginnen, als es ihr gelingt, zur Gewinnung der hierzu erforderlichen Geldmittel die Aktien zum Kurse von nicht weniger als 90 Prozent unterzubringen".

sind [2]). Im anderen Falle steht die Ausgabe der Aktien unter Pari mit den Bestimmungen des HGB.'s im Widerspruche. Denn wenn das statutenmäßig haftende und in das Handelsregister eingetragene Grundkapital der Gesellschaft zehn Millionen beträgt, so kann dasselbe nur nach vorgängiger Statutenänderung (Art. 214, 248) und neuer Eintragung in das Handelsregister auf acht Millionen reduzirt werden, eine Reduktion des Kapitales liegt hier zwar nicht in Form einer Rückzahlung, wohl aber in Form eines theilweisen Erlasses der aus dem Nennwerthe sich ergebenden Einzahlungen vor [3]).

II. Zu Ziff. 2 und 3.

Bleibt ein Aktionär, beziehungsweise der Inhaber eines Interimsscheines, mit einer fälligen Einzahlungsrate im Rückstande, so kommen die Art. 220 und 221 zur Anwendung. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die säumigen Aktionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Aktien

---

[2]) Das mehrfach erwähnte k. sächsische Gesetz v. 15. Juni 1868, die juristischen Personen betreffend, enthält deshalb in §. 41 folgende völlig korrekte Bestimmung: „Sollen Aktien unter dem Nennwerthe ausgegeben werden, so ist ein darauf abzielender Beschluß vor der Ausführung zum Eintrage in das Genossenschaftsregister anzumelden, auch in der Leipziger Zeitung und im Amtsblatte bekannt zu machen".

[3]) Die Ausführungen im Texte beziehen sich nur auf die Fälle, in denen die Ausgabe der Aktien unter dem Nennwerthe schon an die ersten Zeichner erfolgt, so daß selbst diese nicht zur Einzahlung des vollen Nominalbetrages verpflichtet sein sollen und die Gesellschaft niemals das volle Nominalkapital erhält. Ganz verschieden hiervon ist der Verkauf der zum vollen Nominalbetrage gezeichneten Aktie Seitens des ersten Zeichners oder eines späteren Inhabers unter dem Nominalbetrage, also mit Verlust für den verkaufenden Aktionär, nicht für die Gesellschaft. In großartigem Maßstabe kommt dies bei den s. g. Generalentreprisen bei Eisenbahnen und anderen Bauten vor. Ein Bauunternehmer zeichnet für zehn Millionen Thaler Aktien und übernimmt gleichzeitig durch Vertrag den Bau der ganzen Bahn für zehn Millionen. Bei den Einzahlungen auf die Aktien bringt er seine Forderungen aus dem Bauvertrag zur Kompensation, die auf diese Weise einbezahlten Aktien verkauft er zu 20 Prozent unter Pari, er erhält auf diese Weise baares Geld, allerdings mit 20 Prozent Verlust, aber diesen Baarverlust trägt der Unternehmer und nicht die Gesellschaft. Der Unternehmer kann ihn dann tragen, wenn er bereits bei der Veranschlagung der Baukosten darauf Rücksicht genommen hat. Ist letzteres der Fall, so ist das Resultat der ganzen Operation nicht selten das, daß die Bahn zu theuer gebaut ist, dies ist aber eine Frage, welche auf einem anderen Gebiete als auf dem juristischen liegt.

sowie der bereits geleisteten Theilzahlungen für verlustig erklärt werden können und macht der Vorstand von dieser Befugniß nach Maßgabe des Art. 221 Gebrauch, so werden an Stelle der für erloschen erklärten Zeichnungen und Interimsscheine zur Ergänzung des Grundkapitales der Gesellschaft neue Zeichnungen angenommen, beziehungsweise neue Interimsscheine ausgegeben. Die neueren Statuten enthalten hier nicht selten die Bestimmung, daß der Vorstand berechtigt sein soll, mit dem neuen Zeichner die Bedingungen der Uebernahme der Zeichnung speziell zu vereinbaren und demselben die auf die erloschenen Zeichnungen bereits gezahlten Beträge anzurechnen.

Art. 223.

Wenn die Aktien auf Namen lauten, so kommen die bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen über die Eintragung der Aktien in das Aktienbuch der Gesellschaft und über die Uebertragung derselben auf Andere (Art. 182, 183) auch hier zur Anwendung.

So lange der Betrag der Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, wird der Aktionär durch Uebertragung seines Anrechtes auf einen Anderen von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entläßt.

Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionär auf Höhe des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austrittes an gerechnet, subsidiarisch verhaftet.

Preuß. Entw. Art. 191. — I. Entw. Art. 202. — II. Entw. Art. 208. — Prot. S. 343, 1047.

Ueber die Form und die Uebertragung der Namenaktien s. die Erläuterungen zu Art. 182 und 183. Die Bestimmungen darüber, ob die Aktien auf Namen oder auf Inhaber lauten sollen, ob sowohl die eine wie die andere Art ausgegeben werden und ob eine Umwandlung von Namenaktien in Inhaberaktien und umgekehrt gestattet sein soll, gehören in das Statut der Gesellschaft. Die Bestimmung, ob die Aktien Inhaber-

aktien oder Namenaktien sein sollen, bildet einen nothwendigen Bestandtheil des Statuts (Art. 209 Ziff. 5).

Die Haft des ersten Zeichners einer Namenaktie für die volle Einzahlung derselben ist bei der Aktiengesellschaft durch die Bestimmungen in Abs. 2 und 3 im Hinblicke auf die strengeren Bestimmungen des Art. 184 gemildert. Bei der Aktienkommanditgesellschaft kann der Zeichner der Namenaktie, welcher sein Aktienrecht auf einen anderen überträgt, von der Verbindlichkeit zur vollen Einzahlung auch nicht durch eine statutarische Bestimmung oder überhaupt durch die Gesellschaft entlassen werden, während eine solche Entlassung bei der Aktiengesellschaft gestattet und rechtlich wirksam ist, unbeschadet der Bestimmung in Abs. 3 über das Fortbestehen der Haft für die Dauer eines Jahres nach dem Austritte des Aktionärs. Diese einjährige Fortdauer der Haft kann jedoch auf eine große praktische Bedeutung kaum Anspruch machen.

Die Bestimmungen des Art. kommen nicht blos dem ersten Zeichner, sondern successive auch den mit Genehmigung der Gesellschaft eingetretenen späteren Erwerbern der Zeichnung gegenüber zur Anwendung, so lange der Betrag der Aktie nicht voll eingezahlt ist.

Art. 224.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnvertheilung zustehen, werden von der Gesammtheit der Aktionäre in der Generalversammlung ausgeübt.

Jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt.

Pr. Entw. Art. 192. — I. Entw. Art. 203. — II. Entw. Art. 209. — Prot. S. 1047.

Die Generalversammlung der Aktionäre ist ein so wesentliches Institut der Aktiengesellschaft, daß ohne dasselbe die Gesellschaft gar nicht gedacht werden kann. Nicht die einzelnen Aktionäre sind die Inhaber des Geschäftes und die Prinzipale des Vorstandes oder der anderen Verwaltungsorgane, sondern die Eigenschaft des Prinzipales kommt nur der Generalversammlung zu.

Die Generalversammlung ist nur dann beschlußfähig, wenn sie ordnungsmäßig d. h. unter Beobachtung der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften der Art. 236 bis 238 und der besonderen statutarischen Bestimmungen (Art. 209 Ziff. 8 und 11) berufen ist[1]).

Die Bestimmung in Abs. 2, daß in Ermangelung besonderer statutarischer Vorschriften jede Aktie dem Inhaber eine Stimme gewähren soll, kommt nur bei den wenigsten Gesellschaften zur Anwendung, weil in der Mehrzahl der Statuten in der That andere Bestimmungen enthalten sind. Im Allgemeinen besteht die Tendenz, das Stimmrecht in der Generalversammlung von dem Besitze einer Mehrheit von Aktien im Minimum abhängig zu machen, daneben aber auch eine Maximalzahl von Stimmen festzusetzen, welche einem einzelnen Aktionär höchstens zustehen soll. Die Statuten beschränken also das Stimmrecht der Aktionäre in der Regel in doppelter Richtung, theils darin, daß sie nicht jedem Aktionär eine Stimme geben, sondern nur den Besitzern einer bestimmten Anzahl von Aktien, theils darin, daß sie die Zahl der Stimmen nicht in infinitum nach der Zahl der Aktien berechnen, welche ein Aktionär besitzt, daß sie vielmehr hier eine Schranke hinsichtlich des Maximums der einem Einzelnen zustehenden Stimmen ziehen. Auf der einen Seite soll derjenige, welcher stärker bei der Gesellschaft betheiligt ist, bei der Abstimmung auch mehr Einfluß haben als der Minderbetheiligte, auf der anderen Seite soll aber verhindert werden, daß die Besitzer einer geringeren Zahl von Aktien demjenigen Aktionär gegenüber, welcher etwa die Mehrzahl der Aktien besitzt, bei der Abstimmung völlig machtlos sind.

Insofern das Statut der Gesellschaft keine besonderen Bestimmungen über die Stimmenmehrheit enthält (Art. 209 Ziff. 10), werden sämmtliche Beschlüsse der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Bevollmächtigte vertretenen Aktionäre nach Verhältniß ihres statutenmäßigen Stimmrechtes gefaßt[2]). Die Abwesenden sind an die Beschlüsse der Mehrheit gebunden.

Die besonderen Bestimmungen in den Statuten beziehen sich übrigens nicht blos darauf, daß bestimmte Maßregeln von der Generalversammlung nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln oder drei Vierteln der vertretenen Stimmen beschlossen werden können, sondern häufig auch darauf, daß zur gültigen Beschlußfassung über gewisse Angelegenheiten die Vertretung einer bestimmten Anzahl von Aktien oder von Stimmen

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 238.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 214 und 215. Ueber die notarielle Form der Protokolle der Generalversammlung s. S. 449 Anm. 3.

in der Versammlung erforderlich sein soll oder daß über gewisse Gegenstände zweimal und zwar in zwei verschiedenen Versammlungen abzustimmen ist [3]).

Art. 225.

Ist ein Aufsichtsrath bestellt, so überwacht derselbe die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Aktionäre Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

I. Entw. Art. 204. — II. Entw. Art. 210. — Protok. S. 346 f., 353, 390 f., 1047.

Das Gesetzbuch hat den Aufsichtsrath nur bei der Aktienkommanditgesellschaft, nicht auch bei der Aktiengesellschaft, für ein nothwendiges Organ der Gesellschaft erklärt, obgleich thatsächlich ein Aufsichtsrath bei den meisten Aktiengesellschaften besteht, wenn auch nicht dem Namen nach, denn derselbe führt bei den Aktiengesellschaften häufig den Namen Verwaltungsrath [1]). Der Aufsichts- oder der Verwaltungsrath ist der ständige Ausschuß der Aktionäre, seine Befugnisse und die allgemeinen Grundzüge seiner Geschäftsordnung werden durch die Statuten festgestellt, die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden sind dabei noch besonders zu

---

[3]) Z. B. über Anträge auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 242 Ziff. 2).

[1]) Die Bezeichnung Verwaltungsrath ist die herkömmliche, dieselbe ist auch durch das HGB. nicht verdrängt worden. Der Ausdruck Aufsichtsrath ist dann korrekter, wenn der so bezeichnete Ausschuß der Aktionäre nicht nach Außen handelnd auftritt. Nach vielen Statuten stehen aber dem Verwaltungsrathe noch ganz andere Befugnisse zu, so daß derselbe als der eigentliche Vorstand der Gesellschaft anzusehen ist; s. die Erläuterungen zu Art. 227.

bestimmen. Es muß als eine Lücke des Gesetzbuches bezeichnet werden, daß alle diese näheren Bestimmungen lediglich den Statuten überlassen worden sind, während wenigstens subsidiäre gesetzliche Normen über dieses so häufig vorkommende Institut am Platze gewesen wären [2]). Die gesetzlichen Bestimmungen über den Aufsichtsrath bei den Aktienkommanditgesellschaften finden auf die Aktiengesellschaften keine Anwendung, mit Ausnahme derjenigen, auf welche in diesem Titel speziell verwiesen ist.

Art. 226.

Handelt es sich um die Führung von Prozessen gegen die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrathes, so kommen die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Art. 194, 195) auch hier zur Anwendung.

I. Entwurf Art. 205. — II. Entwurf Art. 211. — Protok. S. 1047.

Rücksichtlich der Frage, in welchen Fällen der einzelne Aktionär gegen die Gesellschaft selbst, also gegen den Vorstand, klagen könne, ist als Grundsatz festzuhalten, daß eine solche Klage nur dann zulässig erscheint, wenn sich dieselbe auf eine statutenwidrige oder gesetzwidrige Verkürzung der Rechte der einzelnen Aktionäre stützt, während sich der Einzelne denjenigen Beschlüssen und Maßregeln ohne Widerspruch und ohne Klageberechtigung unterwerfen muß, deren Vornahme die Statuten dem Vorstande oder anderen Verwaltungsorganen übertragen haben, vorausgesetzt, daß Seitens der berufenen Personen ordnungsmäßig verfahren

---

[2]) Der bei der Berathung erhobene Einwand, daß für die rechtliche Existenz einer Aktiengesellschaft nur die Generalversammlung als beschließendes und die Direktion als vollziehendes Organ nothwendig sei, ist rein abstrakt gedacht völlig richtig, auf das praktische Leben angewandt erweist sich derselbe jedoch als unzutreffend. Denn die Generalversammlung kommt selbst bei kleineren Gesellschaften zu selten zusammen, um über alle wichtigeren Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen und die Direktiven für die Geschäftsleitung aufstellen zu können, und noch weniger ist die Generalversammlung im Stande, eine wirksame Kontrole über die Direktion zu üben. Nach beiden Richtungen bedarf es eines permanenten engeren Ausschusses der Aktionäre. Am wenigsten aber kann die eigene Aufsicht der Aktionäre durch die Staatsaufsicht ersetzt werden.

worden ist[1]). Die Bestimmungen des Art. 225, 194 und 195 beziehen sich nicht auf diesen, sondern nur auf den Fall, wenn die Aktionäre in Gesammtheit und in gemeinsamem Interesse klagen wollen[2]).

Dritter Abschnitt.

Rechte und Pflichten des Vorstandes.

Art. 227.

Jede Aktiengesellschaft muß einen Vorstand haben (Art. 209 Ziff. 7). Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen; diese können besoldet oder unbesoldet, Aktionäre oder Andere sein.

Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

Preuß. Entw. Art. 193. — I. Entw. Art. 206. — II. Entw. Art. 212. — Prot. S. 346 f., 1056 f.

I. Die Nothwendigkeit, daß die Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß, folgt aus dem Wesen derselben. Einerseits ist die juristische Persönlichkeit bei der Aktiengesellschaft viel strenger durchgeführt, als bei den übrigen Arten der Handelsgesellschaften, andererseits stellen die Aktionäre dem gesellschaftlichen Unternehmen nur bestimmte Vermögenseinlagen, nicht aber ihre ganze Persönlichkeit zur Verfügung, so daß die Gesellschaft unter beiden Gesichtspunkten eines Organes bedarf, welches sie nach Außen vertritt und Dritten gegenüber für sie handelt. Dieses Organ ist der Vorstand. Im HGB. ist diese Bezeichnung absichtlich gewählt, sie ist der juristisch-technische Name für dieses Organ. Die Bezeichnung „Direk-

---

[1]) Eine Anwendung dieses Grundsatzes s. in dem Erk. des O.-A.-Gerichtes zu Lübeck v. 14. Sept. 1867 in der Hamburgischen Handelsger.-Zeitung 1868 Nr. 23.

[2]) Uebereinstimmend Auerbach, das neue Handelsgesetz I S. 196.

tion", „Direktorium" ist nicht nothwendig identisch mit Vorstand (Prot. S. 1057). Direktoren und sogar auch Generaldirektoren werden zuweilen auch diejenigen Beamten genannt, welchen nur die Geschäftsführung oder die oberste technische Leitung des Unternehmens übertragen ist, während die oberste Vertretung der Gesellschaft nach Außen dem Verwaltungsrathe zusteht [1]). Die Direktoren gehören alsdann zur Kategorie der im Art. 234 erwähnten Bevollmächtigten und sind mithin nicht in das Handelsregister einzutragen [2]).

II. Die Bestimmungen über die Wahl beziehungsweise über die Ergänzung des Vorstandes sind den Statuten überlassen worden. In diesen findet sich sehr häufig die Bestimmung, daß für eine gewisse Anzahl von Jahren nach Errichtung der Gesellschaft der Vorstand aus bestimmten Persönlichkeiten bestehen soll. In Ermangelung besonderer Bestimmungen erfolgt die Wahl des Vorstandes durch die Generalversammlung, denn diese ist es, welche die der Gesammtheit der Aktionäre zustehenden Rechte ausübt (Art. 224) [3]).

III. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so steht demselben im Zweifel die Vertretungsbefugniß nur in Gemeinschaft zu (Art. 229). Die Vertretung ist also im Zweifel eine kollektive, analog der Kollektivprokura, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Kollektivprokura, und ebenso auch die Kollektivvertretung bei der offenen Handelsgesellschaft, nur durch besondere Verabredung entsteht [4]), während die Kollektivvertre-

---

[1]) S. Art. 225 Anm. 1 und Art. 234. Wenn z. B. das Statut einer Gesellschaft bestimmt: „Der Verwaltungsrath ist ermächtigt, die Gesellschaft bei gerichtlichen Verhandlungen zu vertreten, Pfandrechte zu bestellen, Eintragungen in die Hypothekenbücher und Löschungen zu bewilligen, Grundstücke zu erwerben, Vergleiche zu schließen und Streitigkeiten schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterwerfen", so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß nur der Verwaltungsrath und nicht die neben demselben bestehende Direktion als Vorstand im Sinne des HGB.'s anzusehen ist. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, muß sich aus den Statuten der einzelnen Gesellschaften ergeben.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 234 (S. 528).

[3]) Bei der Aktienkommanditgesellschaft wird vor der Eintragung der Nachweis verlangt, daß der Aufsichtsrath in einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt ist (Art. 177 Ziff. 4), und die Wahl kann das erste Mal nicht auf länger als ein Jahr erfolgen (Art. 191). An derartigen Bestimmungen fehlt es bei der Aktiengesellschaft gänzlich; auch hier scheint man sich auf die staatliche Genehmigung und Aufsicht verlassen zu haben, welche alle besonderen Sicherheitsmaßregeln ersetzen sollen, s. dagegen oben S. 477.

[4]) S. Art. 41 Abs. 3 und Art. 100.

tung bei dem Vorstande einer Aktiengesellschaft schon kraft Gesetzes besteht und nur durch Vertrag abgeändert werden kann [5]).

IV. Zu Abs. 3.

Die Anstellung jedes einzelnen Vorstandsmitgliedes ist jederzeit widerruflich, vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen. Die Bestellung zum Vorstand, also die Ernennung zum Vertreter der Gesellschaft nach Außen, ist ihrer Natur nach nichts Anderes als die Ertheilung eines generellen Mandates und ist darum widerruflich. In dieser Hinsicht steht der Vorstand dem Prokuristen, nicht aber dem offenen Gesellschafter gleich, während er dem letzteren hinsichtlich des Umfanges seiner Befugnisse allerdings gleichsteht (Art. 230). Hieraus folgt, daß hinsichtlich der Abberufung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nicht der Art. 101 sondern der Art. 54 zur Anwendung kommt [6]).

Andererseits muß aber zwischen dem in der Anstellung liegenden Mandate und dem Dienstvertrage unterschieden werden, welcher mit dem Mandate verbunden sein kann, aber nicht nothwendig verbunden zu sein braucht [7]).

Besteht ein Dienstvertrag oder überhaupt ein Vertrag, durch welchen einem Vorstandsmitgliede für eine bestimmte Zeit vermögensrechtliche Vortheile zugesichert sind, so ist die Gesellschaft durch solche Verträge nicht gehindert, die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft zu widerrufen, dagegen kann sie sich durch diesen Widerruf allein noch nicht von den pekuniären Verpflichtungen befreien, welche aus jenen Verträgen entspringen. Diese Verpflichtungen erlöschen nur dann, wenn der Widerruf der Anstellung wegen Verschuldens des Vorstandsmitgliedes erfolgt; hierüber steht der Rechtsweg offen, bei welchem aber das Petitum für den Abberufenen überall nicht auf Wiedereinsetzung in das Amt als Vorstand der Gesellschaft sondern nur auf Schadensersatz, beziehungsweise auf Fortgewährung der vertragsmäßig zugesicherten vermögensrechtlichen Vortheile gehen kann [8]).

---

[5]) Im Uebrigen s. Art. 229.

[6]) Dies um so mehr, als nach dem HGB. auch ein Nichtaktionär zum Vorstande bestellt werden kann (Art. 227 Abs. 2). Thatsächlich wird allerdings von dieser Bestimmung nur selten Gebrauch gemacht, vielmehr schreiben die meisten Statuten vor, daß die Mitglieder des Vorstandes (und des Verwaltungsrathes) eine bestimmte Anzahl von Aktien besitzen und deponiren sollen. Diese Aktien dienen dann zugleich als Kaution. S. die Erläuterungen zu Art. 181.

[7]) S. die Erläuterungen zu Art. 54 Bd. I S. 395 f.

[8]) An die Stelle des ordentlichen Rechtsweges tritt nach den Statuten häufig ein schiedsrichterliches Verfahren.

Ein Vorstandsmitglied kann als solches abberufen werden, während es in seiner damit verbundenen anderweiten dienstlichen Stellung (z. B. als Kassirer, als Betriebsdirektor) verbleibt. Auch ergibt sich aus dieser Unterscheidung ferner, daß einem Vorstandsmitgliede als solchem sofort, in Hinsicht seiner anderweiten, dienstlichen Stellung dagegen nur unter Beobachtung der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Frist gekündigt werden kann, ausgenommen den Fall des Verschuldens.

V. Obgleich der Vorstand der Aktiengesellschaft in der Hauptsache als ein Prokurist in höherer Potenz erscheint [9]), so findet das Verbot des Art. 56 rücksichtlich der eigenen Handelsgeschäfte des Prokuristen gleichwohl keine Anwendung auf den Vorstand als solchen [10]), wohl aber kann demselben durch die Statuten oder durch den Dienstvertrag der Betrieb oder der Abschluß von allen oder bestimmten Handelsgeschäften für eigene oder für fremde Rechnung untersagt werden [11]).

Art. 228.

Die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes müssen alsbald nach ihrer Bestellung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Der Anmeldung ist ihre Legitimation beizufügen.

Sie haben ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen, oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Das Handelsgericht hat die Mitglieder des Vorstandes

---

[9]) S. Art. 230.

[10]) Auch der Art. 96 ist hier anwendbar, der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist kein offener Gesellschafter, s. auch Art. 159. – Anders würde übrigens die Sachlage sein, wenn ein Vorstandsmitglied prinzipaliter Handlungsgehülfe der Gesellschaft ist (z. B. Kassier) und ihm außerdem die Funktionen als Vorstand übertragen sind, alsdann würde der Art. 59 zur Anwendung kommen.

[11]) Statut der Darmstädter Bank für Handel und Industrie §. 24 a. E.: „Die Direktoren dürfen weder direkt noch indirekt Geschäfte bei der Bank machen und keinen Kredit bei derselben in Anspruch nehmen".

zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Preuß. Entw. Art. 193. — I. Entw. Art. 206. — II. Entw. Art. 213. — Prot. S. 346, 1056 f.

I. Bei der Anmeldung des Vorstandes der Aktiengesellschaft handelt es sich um Anmeldung einer Stellvertretung. Demgemäß müßte die Anmeldung durch den Prinzipal erfolgen, wie dies rücksichtlich des Prokuristen vorgeschrieben ist (Art. 45). Bei der Aktiengesellschaft würde dies jedoch nicht ausführbar sein, die Anmeldung müßte durch die Generalversammlung geschehen und diese müßte wiederum einen Vertreter zum Zwecke der Anmeldung haben. Hieraus erklärt sich, daß der Vorstand sich selbst anzumelden und daß er sich bei der Anmeldung als solcher zu legitimiren hat.

Die Legitimation wird durch Beibringung derjenigen Urkunden im Original oder in beglaubigter Abschrift geführt, aus welchen sich die Eigenschaft der Angemeldeten als statutenmäßiger Vorsteher ergibt. Diese Urkunden sind: das Statut der Gesellschaft, welches übrigens, insofern dasselbe schon vorher in das Handelsregister eingetragen worden ist (Art. 210), nicht noch einmal einzureichen ist, ferner die erforderlichen Wahlprotokolle, letztere in gerichtlicher oder notarieller Form. Wenn der Vorstand nicht gewählt, sondern durch die Statuten selbst eingesetzt ist[1]), so besteht die Legitimation in der Bezugnahme auf die betreffende statutarische Bestimmung.

II. Nach Abs. 2 des Art. ist bei der Anmeldung nur die Zeichnung der Unterschrift, nicht die Zeichnung der Firma sammt Unterschrift erforderlich. Die Form, in welcher die Firma der Gesellschaft vom Vorstande gezeichnet werden soll, ist im Art. 229 Abs. 2 bestimmt.

Ueber die Einreichung der Unterschrift in beglaubigter Form s. die Erläuterungen zu Art. 88 Abs. 2 und über die Ordnungsstrafen die Erläuterungen zu Art. 89.

Art. 229.

Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärungen kundzugeben und

---

[1]) Vgl. S. 517 §. II..

für die Gesellschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich.

Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Unterschrift hinzufügen.

I. Entw. Art. 207. — II. Entw. Art. 214. — Protok. S. 1056 f.

I. Ueber die Zeichnung, beziehungsweise Unterzeichnung der Firma durch sämmtliche Vorstandsmitglieder, welche nach Analogie der Kollektivprokura erfolgt, s. die Erläuterungen zu Art. 44 Abs. 2 und zu Art. 86 Ziff. 4 [1]).

Die kollektive Zeichnung der Vorstandsmitglieder kann durch den Gesellschaftsvertrag beseitigt oder auch dahin beschränkt werden, daß zu einer gültigen Zeichnung der Firma die Unterschriften von je zwei oder mehr Mitgliedern genügt. Wenn die Zeichnung durch sämmtliche oder durch mindestens zwei Mitglieder erforderlich ist, so kann kein einzelnes Mitglied für sich allein als Vorstand handeln, selbst nicht, wenn Gefahr im Verzuge ist; auch in letzterer Hinsicht entscheidet nicht die Analogie der offenen Handelsgesellschaft (Art. 100) sondern die Analogie der Kollektivprokura [2]).

II. Der Art. läßt es unbestimmt, ob einzelnen Mitgliedern die Befugniß zur Zeichnung der Firma ganz entzogen werden kann. Auf die Zulässigkeit einer solchen Ausschließung scheinen die Worte in Art. 235 hinzudeuten:

„wenn dieselbe (die Zustellung) an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mitzuzeichnen befugt ist, geschieht".

Aus diesen Worten könnte geschlossen werden, daß es auch solche Vorstandsmitglieder geben könne, welche von der Befugniß zur Zeichnung und somit von der Vertretung ausgeschlossen sind [3]).

---

[1]) S. 93 bis 96 dieses Bandes.

[2]) Vgl. Bd. I S. 319 Anm. 26.

[3]) Endemann, Handelsrecht 2. Aufl. S. 312 Anm. 6. Bei der ersten Lesung hat man dies für zulässig gehalten, Protok. S. 361, s. dagegen die zweite Lesung Protok. S. 1061, ferner Weinhagen, Aktienges. S. 215 und Busch' Archiv Bd. VI S. 483. Renaud S. 517 zählt die Ausschließung zu denjenigen Beschränkungen, welche Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung haben. Diese Wirkungslosigkeit Dritten gegenüber ist aber das entscheidende Kennzeichen; denn was Dritten gegenüber wirkungslos ist, kann auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden, s. Art. 231.

Diese Auffassung steht jedoch nicht nur mit der Natur der Sache, sondern auch mit dem Art. 228 im Widerspruche. Denn der letztere Art. schreibt ganz allgemein vor, daß die jeweiligen, also sämmtliche Mitglieder des Vorstandes ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen haben, und es ist wenigstens bei dieser Bestimmung die Möglichkeit nicht vorausgesetzt worden, daß jemand Vorstand sein könne, ohne zur Zeichnung oder zur Mitzeichnung der Firma befugt zu sein [4]). Sodann aber widerspricht es dem Begriffe des Vorstandes, wenigstens im Sinne des HGB.'s, wenn diese Bezeichnung auf solche Personen angewandt wird, welche zur Vertretung der Gesellschaft Dritten gegenüber, oder doch zur wichtigsten Funktion in dieser Vertretung, zur Zeichnung der Firma, unfähig sein sollen [5]).

Art. 230.

Die Gesellschaft wird durch die von dem Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

I. Entw. Art. 207. — II. Entw. Art. 215. — Protok. S. 359 f. 1056 f.

S. Art. 241 Abs. 1 und die Erläuterungen zu Art. 52 und 114.

Die Befugnisse des Vorstandes Dritten gegenüber reichen weiter als diejenigen des Prokuristen, sie gleichen denjenigen des offenen Handelsgesellschafters, welcher von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen ist. Es ergibt sich dies aus der Vergleichung des Art. 230 mit den Art. 42 und 114. Der Art. 230 enthält auch keinen Vorbehalt hin-

---

[4]) Man vergleiche die Fassung des Art. 228 mit derjenigen des Art. 88 Abs. 2, ferner diejenige des Art. 230 mit der Fassung des Art. 114 Abs. 2 und des Art. 115.

[5]) Man könnte an das Institut der Ehrenmitglieder des Vorstandes oder an einen Ehrenvorstand überhaupt denken. Allein aus dem Begriffe des Ehrenvorstandes, wenn derselbe überhaupt eine rechtliche Bedeutung haben soll, würde immer nur folgen, daß derselbe zwar noch das Recht, aber nicht die Pflicht hat, die Gesellschaft zu vertreten.

sichtlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken [1]). Die im Art. 230 enthaltene gesetzliche Generalvollmacht des Vorstandes ersetzt zugleich die nach den Gesetzen für gewisse Rechtsgeschäfte erforderliche Spezialvollmacht [2]).

Art. 231.

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Gegen dritte Personen hat jedoch eine Beschränkung der Befugniß des Vorstandes, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Generalversammlung, eines Verwaltungsrathes, eines Aufsichtsrathes oder eines anderen Organes der Aktionäre für einzelne Geschäfte erfordert ist.

I. Entw. Art. 208, 209. — II. Entw. Art. 216. — Protok. S. 359 f., 1056, 1060 f., 4528.

Ueber die in den Statuten der meisten Aktiengesellschaften vorkommenden Beschränkungen des Vorstandes hinsichtlich des Umfanges seiner Befugnisse vgl. die Erläuterungen zu Art. 196 Abs. 1. Je weniger die Befugnisse des Vorstandes Dritten gegenüber beschränkt werden können, desto mehr suchen die Statuten dieselben wenigstens nach Innen zu beschränken, indem sie dem Vorstande die Verpflichtung auferlegen, gewisse Kategorien von Geschäften nicht ohne Genehmigung des Verwaltungsrathes (Aufsichtsrathes) oder der Generalversammlung abzuschließen [1]).

---

[1]) Noch weniger hinsichtlich der Befugniß des Vorstandes zur Aufnahme von Darlehen. Erk. des O.-Appell.-Ger. zu Dresden vom 2. März 1865 in Busch' Archiv Bd. IX S. 442.

[2]) Preuß. Einführungsgesetz Art. 12 §. 6.

[1]) Vgl. S. 454 Anm. 5 dieses Bandes. Was dort über die Aktienkommanditgesellschaften bemerkt ist, gilt auch von den Aktiengesellschaften.

Derartige Beschränkungen haben Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung und zwar selbst dann nicht, wenn der Dritte, welcher mit dem Vorstande kontrahirte, dieselben kannte. Gegen den Dritten ist die exceptio doli nur dann begründet, wenn sie nicht auf das bloße Kennen der Beschränkung Seitens des Dritten, sondern auf die Theilnahme desselben an einem auf die vermögensrechtliche Beschädigung der Gesellschaft abzielenden Delikte des Vorstandes gestützt wird. Alles dasjenige, was über diese Frage in Bezug auf die Beschränkungen des offenen Handelsgesellschafters ausgeführt worden ist, kommt auch hier zur Anwendung [2].

Derartige Beschränkungen erlangen Dritten gegenüber weder durch die landesherrliche Bestätigung des Gesellschaftsstatutes, in welchem sie enthalten sind, noch durch die Eintragung in das Handelsregister rechtliche Wirkung [3]. Vielmehr sollen Verabredungen, welche Dritten gegenüber unwirksam sind, nicht eingetragen werden [4]; sind sie aber eingetragen, so erlangen sie dadurch nicht mehr Kraft, als wenn sie nicht eingetragen wären [5]. Dies gilt auch von der häufig wiederkehrenden Beschränkung, daß ein bestimmtes Vorstandsmitglied nur „bei Verhinderung" oder „in Abwesenheit" eines anderen zeichnen soll; auch diese Beschränkung ist Dritten gegenüber unwirksam, während sie im Verhältnisse der Vorstandsmitglieder unter einander und zur Gesellschaft bindend ist [6].

Art. 232.

Eide Namens der Gesellschaft werden durch den Vorstand geleistet.

Preuß. Entw. Art. 195. — II. Entw. Art. 217. — Protok. S. 349 f., 1057, 1062 f.

Die im Art. 234 enthaltene Befugniß, Handlungsbevollmächtigte

---

[2]) Vgl. S. 231, 232 und 249 dieses Bandes. Uebereinstimmend v. Hahn zu Art. 231 §. 2.

[3]) Durch die landesherrliche Genehmigung verliert das Statut nicht seine Vertragsnatur, es wird nicht zum Gesetze, s. S. 476 §. III. Das Statut wird nicht lex, sondern nur lex contractus.

[4]) Erk. des App.-Gerichtshofes zu Köln v. 13. Febr. 1865 in Busch' Archiv Bd. VI S. 40.

[5]) Einzelne Beispiele s. oben S. 96 §. V.

[6]) S. oben S. 92, 93.

und Beamte für besondere Geschäfte zu bestellen, ist nicht dahin auszudehnen, daß es der Aktiengesellschaft gestattet wäre, besondere Vertreter für die Eidesleistung Namens der Gesellschaft zu ernennen. Der Art. 232 bestätigt vielmehr das allgemeine Prinzip, daß im Prozeß Eide durch die Partei selbst, hier durch den Vorstand, abgeleistet werden sollen.

Bei der Eidesleistung durch den Vorstand kommen diejenigen Grundsätze und Vorschriften zur Anwendung, welche das Civilprozeßrecht und mithin die in jedem einzelnen Lande geltenden Civilprozeßordnungen hinsichtlich der Eidesleistung der Vertreter juristischer Personen aufstellen [1]). Die gemeinrechtliche Praxis fordert, abgesehen von einzelnen besonderen Fällen, die Eidesleistung durch eine Mehrheit von Vorstandsmitgliedern [2]); dem Vorstande steht das Recht zu, diese Mitglieder selbst zu bezeichnen, unter Vorbehalt der gegen die Schwurmänner zu erhebenden Einwendungen [3]). Andererseits aber hat der Prozeßgegner das Recht, die Eidesleistung von demjenigen oder denjenigen Vorstandsmitgliedern zu verlangen, welche die betreffende Handlung selbst vorgenommen oder die beste Kenntniß davon haben; dieser Grundsatz gilt auch für den Richter bei Auflegung des Eides [4]).

Beamte der Gesellschaft, welche nicht Mitglieder des Vorstandes sind, können dagegen nur als Zeugen vernommen werden. (Protok. S. 350, 1062).

Art. 233.

Jede Aenderung der Mitglieder des Vorstandes muß bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

---

[1]) Vgl. Protok. S. 1062, 1063.

[2]) Wetzell, System des ord. Civilprozesses §. 25 Anm. 35. Nach der Preuß. Allgem. Gerichtsordnung I, 10, §. 270 f. wird der Eid durch drei bis vier Mitglieder des Vorstandes abgeleistet, welche beim zugeschobenen Eide der Gegner auswählt, der Richter nimmt die Wahl nur subsidiär vor.

[3]) Wetzell a. a. O.; Renaud, Civilprozeß §. 131 Anm. 27.

[4]) S. die Erläuterungen zu Art. 117 §. IV S. 252; Erk. des Handels.-App.-Gerichtes zu Nürnberg v. 19. Nov. 1868 in der Sammlung Bd. I S. 83. — Uebrigens können nur die aktuellen Mitglieder des Vorstandes den Eid leisten, nicht auch die ausgeschiedenen, außer in dem Falle, wenn ihnen der Eid wegen besonderer Sachkenntniß auferlegt war, Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 28. Juni 1859 in Busch' Archiv Bd. VII S. 208 und bei Goldschmidt, Zeitschr. Bd. VI S. 210.

Dritten Personen kann die Aenderung nur insofern entgegengesetzt werden, als in Betreff dieser Aenderung die im Art. 46 in Betreff des Erlöschens der Prokura bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind.

I. Entw. Art. 212. — II. Entw. Art. 219. — Protok. S. 346, 1057, 1063.

S. die Erläuterungen zu Art. 46 *).

Art. 234.

Der Betrieb von Geschäften der Gesellschaft, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Bezug auf diese Geschäftsführung kann auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Gesellschaft zugewiesen werden. In diesem Falle bestimmt sich die Befugniß derselben nach der ihnen ertheilten Vollmacht; sie erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Preuß. Entw. Art. 193. — I. Entw. Art. 213. — II. Entw. Art. 220. — Prot. S. 346 f., 1057, 1063 f.

Die Bestimmung am Schlusse des Art., zufolge deren die Vollmacht sich auf alle Rechtshandlungen erstreckt, „welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt", entspricht der allgemeinen Vorschrift in Art. 47 Abs. 1 über den Umfang der Befugnisse der Handlungsbevollmächtigten.

Der Art. bezieht sich auf solche Bevollmächtigte und Beamte der Gesellschaft, welchen eine beschränktere Vertretungsbefugniß zusteht als dem Vorstande, und welche sich hierdurch vom Vorstande unterscheiden [1]). Die Befugniß, solche Bevollmächtigte und Beamte zu ernennen, steht dem Vorstande zu, denn dieser ist es, welcher die Gesellschaft in allen Rechtshandlungen vertritt. Die in den Statuten häufig wiederkehrende Bestimmung, daß der Vorstand keine Anstellung von Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder technischen Beamten ohne vorgängige Zustimmung des Ver-

---

*) Bd. I S. 343.

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 227.

waltungsrathes, Aufsichtsrathes oder der Generalversammlung vornehmen soll, enthält eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes, welche nach Art. 231 nur im Verhältnisse desselben zur Gesellschaft, nicht aber Dritten gegenüber wirksam ist [2]).

Zu den sonstigen Bevollmächtigten und Beamten, deren Bestellung nach dem Artikel zulässig ist, gehören auch die Prokuristen. Das praktische Interesse, einen oder mehrere Prokuristen zu ernennen, kann bei der Aktiengesellschaft darin liegen, daß der Prokurist zwar zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen befugt ist, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (Art. 42), nicht aber zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken der Gesellschaft, insofern ihm die letztere Befugniß nicht speziell übertragen ist. Hierdurch unterscheidet sich der Prokurist vom Vorstande der Aktiengesellschaft, die Befugnisse des ersteren sind beschränkter als die des letzteren [3]). Andererseits unter=

---

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 231 und 118. Derartige Beschränkungen finden sich auch bei den Aktienkommanditgesellschaften, vgl. oben S. 453, 454.

[3]) S. die Erläuterungen zu Art. 227. Die Frage, ob eine Aktiengesellschaft Prokuristen ernennen könne, ist mit Unrecht zu einer Kontroverse geworden. Für die bejahende Ansicht spricht nicht blos die allgemeine Fassung des Art. 234, welche sich auf alle Arten von Bevollmächtigten und Beamten mit Ausnahme des Vorstandes bezieht, sondern auch die Bestimmung in Art. 5 des HGB.'s, wonach die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen in gleicher Weise auch von den Handelsaktiengesellschaften gelten sollen, mithin auch die Vorschriften über die Prokura. Für die verneinende Ansicht hat man sich auf die Nürnberger Berathungen berufen, in welchen ein Antrag, die Ernennung von Prokuristen ausdrücklich zu erwähnen, abgelehnt wurde (Protok. S. 1063, 1064). So Renaud, Aktienges. S. 558; Koch, Kommentar zu Art. 234, und ein Reskript des k. sächs. Justizministeriums v. 21. September 1863 in Busch' Archiv Bd. II S. 142. Wie jedoch v. Hahn zu Art. 234 §. 5 mit Recht hervorhebt, so ist die Ablehnung dieses Antrages ohne Bedeutung, weil die schließlich adoptirte Fassung des Art. 234 ganz allgemein lautet und sich auf jede Art von Vollmacht bezieht, ohne die Prokura auszunehmen. Selbst wenn man also annehmen wollte, daß die Nürnberger Kommission die Bestellung von Prokuristen bei Aktiengesellschaften für unmöglich oder für unzulässig gehalten habe, so ist diese Ansicht im Texte des Gesetzbuches nicht zum Ausdruck gelangt, sie steht vielmehr mit diesem Texte im Widerspruche. Außer von v. Hahn wird die Frage noch bejaht von v. Kräwel, Kommentar zu Art. 234 Anm. 2; Weinhagen, Aktienges. S. 231; Endemann, Handelsr. 2. Auflage S. 313, Priber in Busch' Archiv Bd. I S. 272 und Busch ebendas. Bd. II S. 360. Ebenso setzt auch die preuß. Ministerial=Instruktion über die Führung der Handelsregister v. 12. Dez. 1861 Th. I §. 40

scheidet sich der Prokurist vom Handlungsbevollmächten dadurch, daß nur die Bestellung und Abberufung des ersteren, nicht aber die des letzteren in das Handelsregister eingetragen werden kann, und auch hierauf kann die Aktiengesellschaft unter Umständen Werth legen. Die Ernennung oder Abberufung eines Beamten der Gesellschaft kann nur dann und nur insofern in das Handelsregister eingetragen werden, wenn der Beamte entweder Vorstand oder Mitglied des Vorstandes oder Prokurist oder endlich Liquidator der Gesellschaft ist, die besondere Titulatur der übrigen Beamten vermag an der Ausschließung derselben von der Eintragung in das Register nichts zu ändern [4]). Zugleich folgt hieraus, daß auch Bekanntmachungen über die Form der Unterschriften der übrigen Beamten [5]) zur Eintragung in das Handelsregister nicht geeignet sind, die Gesellschaft muß sich hierzu der Anzeige in öffentlichen Blättern oder der Zirkulare bedienen.

Art. 235.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mitzuzeichnen befugt ist, oder an einen Beamten der Gesellschaft, welcher dieselbe vor Gericht zu vertreten berechtigt ist, geschieht.

Preuß. Entw. Art. 194. — I. Entw. Art. 214. — II. Entw. Art. 221. — Prot. S. 348 f., 1064.

S. die Erläuterungen zu Art. 117 Abs. 2.

Ziff. 3 voraus, daß Prokuristen auch von Aktiengesellschaften bestellt werden können, weil dort von der Anmeldung solcher Prokuristen durch den Vorstand gehandelt wird. In der Praxis der Aktiengesellschaften findet die Bestellung von Prokuristen aus den im Texte angegebenen Gründen häufiger statt, als gewöhnlich angenommen wird.

[4]) Erk. des Handels-Appell.-Ger. zu Nürnberg v. 6. Juli 1865 im Centralorgan N. F. Bd. I S. 53. Einzelne Einführungsgesetze haben jedoch die Eintragung sämmtlicher in Art. 234 erwähnter Bevollmächtigten und Beamten von Aktiengesellschaften gestattet, so das Einf.-Gesetz für Frankfurt a. M. Art. 12.

[5]) Erk. des Handelsgerichtes zu Köln v. 16. Juli 1863 in Busch' Archiv Bd. II S. 175 (Centralorgan 1863 Nr. 31).

Aus der Fassung des Art. folgt nicht, daß es Vorstandsmitglieder geben könne, welche von der Befugniß zur Zeichnung der Gesellschaftsfirma ausgeschlossen sind und gleichwohl noch dem Vorstande angehören, s. hierüber die Erläuterungen zu Art. 229 §. II.

Art. 236.

Die Generalversammlung der Aktionäre wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

II. Entw. Art. 222. — Protok. S. 1065 f.

Wenn eine Aktiengesellschaft ohne Vorstand ist, so kann da, wo die Aktiengesellschaften unter staatlicher Aufsicht stehen, die Berufung einer Generalversammlung auch durch einen Kommissar der Staatsregierung erfolgen.

Art. 237.

Eine Generalversammlung der Aktionäre ist, außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Die Generalversammlung muß auch dann berufen werden, wenn dies ein Aktionär oder eine Anzahl von Aktionären, deren Aktien zusammen den zehnten Theil des Grundkapitales darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder eines geringeren Antheiles am Grundkapitale geknüpft, so hat es hiebei sein Bewenden.

Preuß. Entw. Art. 192. — I. Entw. Art. 215. — II. Entw. Art. 223. — Prot. S. 344 f., 1065 f., 4544.

Der Abs. 2 des Art. wahrt das Recht der einzelnen Aktionäre, be-

ziehungsweise der Minorität, gegenüber dem Vorstande wenigstens in Betreff der **Berufung** einer Generalversammlung. Die Berufung muß folgen, sobald der Antrag von einem oder mehreren Aktionären gestellt wird, deren Aktienbesitz zusammen den zehnten Theil des Grundkapitales darstellt. Eine vorgängige Prüfung der Zulässigkeit des von den Antragstellern angegebenen Zweckes sowie der Gründe steht dem Vorstande oder den sonstigen zur Einberufung verpflichteten Personen (Art. 236) nicht zu. In den Statuten kann festgesetzt werden, daß entweder ein größerer oder ein geringerer Aktienbesitz zur Stellung des Antrages erforderlich sein soll als der zehnte Theil, nicht aber kann die Bestimmung durch die Statuten völlig beseitigt werden, vielmehr würde eine solche statutarische Beseitigung nichtig und wirkungslos sein [1].

Art. 238.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekannt gemacht werden. Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hiervon ist jedoch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Preuß. Entw. Art. 183. — I. Entw. Art. 215. — II. Entw. Art. 224. — Prot. S. 345, 1065 f.

Zu Abs. 1 s. die Erläuterungen zu Art. 209 Ziff. 8 und 11. Die Beschlüsse einer Generalversammlung, welche nicht in der in den Statuten vorgeschriebenen Weise berufen ist, sind nichtig und für die Gesellschaft unverbindlich.

---

[1]) Uebereinstimmend v. **Hahn** zu diesem Art. A. M. **Renaud** S. 521, 522, die Fassung des Art. steht jedoch der verneinenden Ansicht entgegen.

Art. 239.

Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden. Er muß den Aktionären spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorlegen.

Zur Entlastung des Vorstandes bei Legung der Rechnungen können Personen nicht bestellt werden, welche auf irgend eine Weise an der Geschäftsführung Theil nehmen.

Dieses Verbot bezieht sich nicht auf die Personen, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht.

Preuß. Entw. Art. 196. — I. Entw. Art. 216. — II. Entw. Art. 225. — Prot. S. 352 f., 1069, 1110, 1444, 4544.

Die Bestimmung des Abs. 1 kann durch die Landesgesetze abgeändert werden, s. Art. 249. Einzelne Landesgesetze bestimmen ferner noch, daß die jährliche Bilanz vom Vorstande auch der Staatsaufsichtsbehörde eingereicht werden soll [1]).

Ueber die Grundsätze für die Aufstellung der Bilanz s. Art. 209 Ziff. 6.

Art. 240.

Ergibt sich aus der letzten Bilanz, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muß der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung berufen und dieser sowie der zuständigen Verwaltungsbehörde davon Anzeige machen.

Die Verwaltungsbehörde kann in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen und nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen.

Ergibt sich, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, so muß der Vorstand hiervon

---

[1]) Vgl. Preuß. Einführ.-Gesetz Art. 12 §. 7. Württemberg Art. 37, Mecklenburg §. 30.

dem Gerichte behufs der Eröffnung des Konkurses Anzeige machen.

Preuß. Entw. Art. 198. — I. Entw. Art. 217. — II. Entw. Art. 226. — Prot. S. 355 f., 1096, 4544 f.

Die näheren Bestimmungen über das Einschreiten der Verwaltungsbehörde in dem im Art. vorgesehenen Falle sind in den Einführungsgesetzen enthalten [1]). Dieselben enthalten auch noch besondere Vorschriften über die Eröffnung des Konkurses über eine Aktiengesellschaft [2]); die Eintragung des Konkurses in das Handelsregister erfolgt von Amtswegen.

Art. 241.

Die Mitglieder des Vorstandes sind aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet.

Mitglieder des Vorstandes, welche außer den Gränzen ihres Auftrags, oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Art. 217 entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher

---

[1]) Vgl. Preuß. Einf.-Gesetz Art. 12 §. 2; Bayern Art. 39 und K. V.-O. vom 28. Mai 1862 (Lutz S. 115); Oestreich §. 34; Mecklenburg §. 31; Baden Art. 33; Würtemberg Art. 37.

[2]) Preuß. Einf.-Ges. Art. 12 §. 8 und 9 und Art. 13, der §. 9 bestimmt: „Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft werden mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft, wenn sie der Vorschrift des Art. 240 des HGB.'s zuwider, dem Gerichte die Anzeige zu machen unterlassen, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt. Die Strafe tritt nicht ein, wenn von ihnen nachgewiesen wird, daß die Anzeige ohne ihr Verschulden unterblieben ist".

ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen.

Preuß. Entw. Art. 199. — I. Entw. Art. 218. — II. Entw. Art. 227. — Prot. S. 357 f., 1069, 4650.

Die Bestimmungen des zweiten Absatzes beziehen sich sowohl auf die Haft des Vorstandes nach Innen, also der Gesellschaft gegenüber, als auch auf die Haft des Vorstandes Dritten und insbesondere den Gesellschaftsgläubigern gegenüber [1], nur zieht nicht jedes Verschulden des Vorstandes, für welches derselbe der Gesellschaft verantwortlich ist (Art. 226), auch eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Gläubigern nach sich [2]. Besondere Anwendungen dieser letzteren Haft s. in Art. 240, 245, 248.

Vierter Abschnitt.

Auflösung der Gesellschaft.

Art. 242.

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

1) durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;
2) durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre;
3) durch Verfügung der Verwaltungsbehörde, wenn sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat (Art. 240);
4) durch Eröffnung des Konkurses.

Wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen oder die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung

---

[1] Renaud a. a. O. S. 546 f. und Koch zu Art. 241; a. M. v. Hahn zu Art. 241, welcher den Art. nur auf die Haft des Vorstandes nach Innen bezieht.

[2] Vgl. Renaud a. a. O.

nach dem in den einzelnen Staaten geltenden Recht erfolgt, so finden die Bestimmungen dieses Abschnittes ebenfalls Anwendung.

Preuß. Entw. Art. 200. — I. Entw. Art. 220. — II. Entw. Art. 228. — Prot. S. 330 f., 362 f., 1070 f.

I. Zu Ziff. 1.

Der Auflösung der Aktiengesellschaft durch Ablauf der statutenmäßig bestimmten Zeit kann dadurch vorgebeugt werden, daß vor diesem Zeitpunkte die Fortsetzung der Gesellschaft von der Generalversammlung beschlossen wird. Ein solcher Beschluß enthält eine Statutenänderung und erlangt nach Art. 214 erst nach erfolgter Staatsgenehmigung und Eintragung in das Handelsregister Gültigkeit [1]). Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft nach Ablauf der statutenmäßigen Zeit kann bei Aktiengesellschaften nicht vorkommen und würde für die Betheiligten unverbindlich sein.

II. Zu Ziff. 2.

Die staatliche Genehmigung ist zu einem auf die Auflösung gerichteten Beschlusse der Generalversammlung nicht erforderlich [2]). Die Statuten enthalten in der Regel besondere Bestimmungen über die Stimmenmehrheit, mit welcher die Auflösung beschlossen werden kann [3]). Fehlt es an solchen statutarischen Bestimmungen, so genügt auch zu diesem Beschlusse die einfache Majorität (Art. 209 Ziff. 10, 214, 238) [4]).

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 214.

[2]) Vgl. Art. 214 S. 489 Anm. 1. Die Bestimmung, daß der Beschluß über die Auflösung der staatlichen Genehmigung bedürfe, findet sich übrigens noch in vielen älteren Statuten.

[3]) Die Statuten pflegen die Auflösung nicht zu erleichtern, sondern zu erschweren. Häufig ist bestimmt, daß der Antrag auf Auflösuug der Gesellschaft nur dann zur Berathung gestellt werden kann, wenn er entweder vom Vorstande oder vom Verwaltungsrathe, oder von denjenigen Aktionären, welche zusammen ein Viertheil des Aktienkapitales besitzen, gestellt ist; ferner daß nur in einer besonders dazu berufenen Generalversammlung darüber abgestimmt werden kann, in welcher zwei Drittheile oder drei Viertheile der sämmtlichen Aktien vertreten sind; daß die Auflösung auch alsdann nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen beschlossen werden kann; daß aber, wenn in dieser Versammlung die vorgeschriebene Aktienzahl nicht vertreten ist, eine zweite Versammlung berufen werden muß, in welcher der Auflösungsbeschluß durch zwei Drittel oder drei Viertheile der dann vertretenen Stimmen gefaßt werden kann.

[4]) A. M. ist auch hier Renaud, Aktienges. S. 454, 464, 716, welcher an-

III. Der Schlußsatz des Art. (Abs. 2) erwähnt noch die Auflösung aus anderen Gründen sowie in Folge der Zurücknahme der staatlichen Genehmigung; hinsichtlich beider Fälle ist im Art. auf die Landesgesetze verwiesen [5]). Zu diesen anderen Gründen gehört auch der Fall, wenn der statutenmäßige Zweck der Gesellschaft nicht mehr erreicht werden kann (Art. 125 Ziff. 1); in diesem Falle kann die Auflösungsklage von jedem einzelnen Aktionär angestellt werden [6]), der Richter hat jedoch hierbei die gesammte Lage der Gesellschaft und die mit einer Auflösung etwa verbundenen Nachtheile zu berücksichtigen [7]).

IV. Die näheren Bestimmungen über die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung sind den Landesgesetzen überlassen worden, insofern dieselben überhaupt an der Staatsgenehmigung als der nothwendigen Vorbedingung für die Errichtung der Gesellschaft festhalten [8]).

---

nimmt, daß in Ermangelung besonderer statutarischer Bestimmungen die Auflösung der Gesellschaft überhaupt nicht von einer Mehrheit der Generalversammlung, sondern nur einstimmig von sämmtlichen Aktionären beschlossen werden könne. Allein alles Dasjenige, was hiergegen zu Art. 214 über die Statutenänderung ausgeführt ist, gilt auch von dem Beschlusse über die Auflösung.

[5]) Dies geht aus der Entstehungsgeschichte des Art. hervor, v. Hahn S. 475 §. 11.

[6]) v. Hahn zu Art. 242 §. 4; auch der Art. 215 (Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung) kommt hier in Betracht. Eine andere Frage ist, ob der Aktionär die noch schuldigen Einzahlungen unter Vorschützen der Einrede verweigern kann, daß die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes durch äußere Umstände unmöglich geworden sei. Diese Frage wurde verneint in dem Erk. des O.-Trib. zu Berlin v. 22. Juni 1861 in Busch' Archiv Bd. IV S. 323. Vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 226.

[7]) S. die Erläuterungen zu Art. 125 Ziff. 1.

[8]) Preuß. Einf.-Gesetz Art. 12 §. 4: „Die Genehmigung einer Aktiengesellschaft kann von dem Landesherrn aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohles gegen Entschädigung zurückgenommen werden. Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet in streitigen Fällen das ordentliche Gericht des Ortes, an welchem die in §. 2 bezeichnete Behörde (die Bezirksregierung) ihren Sitz hat". §. 5: „Wenn eine Aktiengesellschaft sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, so kann sie aufgelöst werden, ohne daß deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet. Die Auflösung kann in diesem

Art. 243.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Konkurses ist, durch den Vorstand, bei Ordnungsstrafe, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden; sie muß zu drei verschiedenen Malen durch die hierzu bestimmten Blätter (Art. 209 Ziff. 11) bekannt gemacht werden.

Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden.

Preuß. Entw. Art. 201. — I. Entw. Art. 221. — II. Entw. Art. 229. — Protok. S. 201 f., 1071.

Im Falle des Konkurses der Gesellschaft erfolgt die Eintragung der Auflösung in das Handelsregister von Amtswegen [1]).

Die im Art. vorgeschriebene dreimalige Bekanntmachung, durch welche die Rechte der Gläubiger noch besonders gewahrt werden sollen, ist von der gewöhnlichen amtlichen Publikation der Eintragungen im Handelsregister, welche der Art. 13 des HGB.'s anordnet und welche auch hier stattfinden muß, verschieden. Dieselbe erfolgt nicht durch das Gericht und auch nicht in den gewöhnlichen für die handelsgerichtlichen Publikationen bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 14), sondern durch den Vorstand [2]) in den für die Bekanntmachungen der Gesellschaft speziell bestimmten Blättern. Die Vornahme dieser Bekanntmachungen kann vom Handelsgerichte nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, die im Art. angedrohte Strafe bezieht sich nur auf die Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister; der indirekte Zwang zur Publikation liegt vielmehr in den Bestimmungen in Art. 245 Abs. 2 und 4 über die Folgen der Unterlassung der dreimaligen Bekanntmachung.

Falle nur durch gerichtliches Erkenntniß auf Betreiben der in §. 2 bezeichneten Behörde erfolgen. Als das zuständige Gericht ist dasjenige anzusehen, bei welchem die Gesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat". S. über die letztere Bestimmung die Bemerkungen S. 69, 70 dieses Bandes. Gleiche Bestimmungen enthält das Großh. Hess. Einf.-Gesetz Art. 12 u. 13.

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 129.

[2]) So wurde auch erkannt in dem Urtheile des Kommerz- und Admiralitäts-

Art. 244.

Die Liquidation geschieht durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluß der Aktionäre an andere Personen übertragen wird.

Es kommen die bei der offenen Handelsgesellschaft über die Anmeldung und das Rechtsverhältniß der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen auch hier zur Anwendung mit der Maßgabe, daß die Anmeldungen behufs der Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu machen sind.

Die Bestellung der Liquidatoren ist jederzeit widerruflich.

Preuß. Entw. Art. 202. – I. Entw. Art. 222. — II. Entw. Art. 230. — Prot. S. 364 f., 1071.

I. Wenn die Liquidation durch den Vorstand erfolgen soll, so sind die Mitglieder desselben als Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden. Die Vertretungsbefugniß des Vorstandes hört alsdann auf, eine unbeschränkte zu sein, sie verwandelt sich in die gesetzlich begrenzte Vollmachtstellung der Liquidatoren (Art. 136, 137 f.). Der Vorstand kann in Ermangelung besonderer Bestimmungen und Verabredungen die Uebernahme der Liquidation nicht ablehnen, da sie zufolge gesetzlicher Vorschrift einen Bestandtheil der ihm obliegenden Pflichten bildet [1]); der Vorstand würde durch seine Weigerung schadensersatzpflichtig gegenüber der Gesellschaft werden. Werden andere Personen zu Liquidatoren bestellt, so hört die Vertretungsbefugniß des Vorstandes überhaupt auf.

Die Bestellung der Liquidatoren ist zwar jederzeit widerruflich (Abs. 3 des Art.), indeß kann auch hier der Widerruf nur unbeschadet derjenigen Entschädigungsansprüche erfolgen, welche den Liquidatoren aus bestehenden Verträgen zustehen. Alles dasjenige, was von der Abberufung des Vorstandes sowie der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gilt, findet auch Anwendung auf die Abberufung der Liquidatoren [2]).

Kollegiums zu Königsberg vom 3. Mai 1863 in Busch' Archiv Bd. II S. 177 und im Centralorgan 1863 S. 171. Die Bekanntmachung kann auch durch die Liquidatoren erfolgen.

[1]) Renaud S. 771. Andererseits hat aber der Vorstand kein Recht auf die Liquidation, Art. 244 Abs. 1 und 3.

[2]) S. die Erläuterungen zu Art. 227 Abs. 3. Auch hier ist zwischen verschul-

II. In Ermangelung besonderer statutarischer Bestimmungen erfolgt die Bestellung sowie die Abberufung der Liquidatoren durch die Generalversammlung.

Im Uebrigen erscheint die mehr kursorische und jedenfalls allzu kurze Behandlung der Liquidation der Aktiengesellschaft als eine empfindliche Lücke des Gesetzbuches, deren Ausfüllung durch statutarische Bestimmungen sowie durch rechtzeitig gefaßte Beschlüsse der Generalversammlung dringend geboten erscheint[3]). Die Ansichten der Schriftsteller gehen hier so weit auseinander, daß kaum in irgend einem Punkte von einer Uebereinstimmung gesprochen werden kann. Vor Allem ist die Frage streitig, ob der für die Liquidation der übrigen Handelsgesellschaften (Art. 133 f., 172, 205) geltende und im Art. 144 ausgesprochene Grundsatz, daß die Gesellschaft ungeachtet ihrer Auflösung **und lediglich für die Zwecke der Auseinandersetzung** bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend fingirt wird, auch für die Liquidation der Aktiengesellschaft gilt[4]).

Die Frage ist für die ganze Behandlung der Liquidation von großer prinzipieller Wichtigkeit. Erwägt man jedoch, daß die Liquidation der Aktiengesellschaft nur eine besondere Art der Liquidation der Handelsgesellschaften überhaupt ist, und daß das Gesetzbuch im Art. 244 ausdrücklich auf die Liquidation der offenen Gesellschaft verweist, so kann die Frage nur bejaht werden[5]). Demnach bestehen sowohl die Generalver-

---

deter und unverschuldeter Entlassung zu unterscheiden. Einige neuere Beispiele beweisen, daß den Liquidatoren sehr bedeutende vermögensrechtliche Vortheile für die ganze Dauer der Liquidation oder für bestimmte Zeit zugesichert sein können, für welche sie bei unverschuldeter Entlassung zu entschädigen sind, insofern sie nicht auf die Entschädigung verzichtet haben.

[3]) Z. B. durch Einsetzung einer besonderen Kommission zur Kontrole der Liquidatoren.

[4]) Die Frage wird u. A. verneint von **Renaud** a. a. O. S. 756, 768 f., welcher annimmt, daß mit der Auflösung der Gesellschaft sämmtliche Organe derselben ihre Thätigkeit einzustellen haben, und daß alsdann nur eine gewöhnliche Gemeinschaft, eine communio incidens unter den Aktionären bestehe; dagegen wird sie im Prinzip bejaht von v. **Hahn** zu Art. 244. Ueber den Grundsatz selbst s. die Erläuterungen zu Art. 133 §. I.

[5]) Rücksichtlich der eingetragenen wirthschaftlichen Genossenschaften ist die Frage durch die Gesetzgebung ausdrücklich bejaht. Genossenschaftsgesetz des Nordd. Bundes §. 49 (s. oben S. 48 §. 48), bayerisches Genossenschaftsgesetz Art. 49. Jedenfalls liegt hierin ein Zeugniß dafür, daß der in Rede stehende

sammlung als die übrigen Organe der Gesellschaft (Verwaltungsrath, Aufsichtsrath) bis zur Beendigung der Liquidation und für die begrenzten Zwecke derselben fort und nur diejenigen Organe und Funktionen derselben fallen weg, welche mit dem Wesen der Liquidation und den gesetzlichen Bestimmungen über dieselbe unverträglich sind. Letzteres gilt insbesondere vom Vorstande, dessen Funktionen als solche jedenfalls aufhören, weil der Vorstand entweder gänzlich abtritt oder die neue Funktion der Liquidatoren übernimmt.

III. Im Einzelnen s. die Erläuterungen zu Art. 133 bis 140, welche hier mit der Maßgabe zur Anwendung kommen, daß die Rechte der Aktionäre nicht von diesen als einzelnen, sondern nur von der Generalversammlung ausgeübt werden (Art. 224). Der einzelne Aktionär hat auch hinsichtlich etwaiger Beschwerden über die Liquidation nur insofern ein Klagerecht, als es sich um statutenwidrige oder gesetzwidrige Verkürzung seiner Rechte Seitens der Liquidatoren oder der anderen Organe der Gesellschaft handelt [6].

Art. 245.

Das Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältniß ihrer Aktien vertheilt.

Die Vertheilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 243) zum dritten Male erfolgt ist.

In Ansehung der aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger und in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen kommen die bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Art. 202 Absatz 2 und 3) zur Anwendung.

Grundsatz nicht blos auf die Liquidatoren der offenen und der Kommanditgesellschaft beschränkt ist.

[6]) Vgl. Art. 228 S. 515 dieses Bandes.

Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet.

Preuß. Entw. Art. 203. — I. Entw. Art. 223. — II. Entw. Art. 231. — Prot. S. 365 f., 1072.

S. die Erläuterungen zu Art. 202.

Art. 246.

Die Handelsbücher der aufgelösten Gesellschaft sind an einem von dem Handelsgerichte zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren niederzulegen.

Pr. Entw. Art. 204. — I. Entw. Art. 224. — II. Entw. Art. 232. — Prot. S. 367, 1072.

S. die Erläuterungen zu Art. 145 und 33.

Art. 247.

Die Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft (Art. 215) kann nur unter staatlicher Genehmigung erfolgen.

Es kommen bei dieser Auflösung folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1) Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist so lange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist.
2) Der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bleibt für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen; dagegen wird die Verwaltung von der anderen Gesellschaft geführt.
3) Der Vorstand der letzteren Gesellschaft ist den Gläubigern für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich.

4) Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister bei Ordnungsstrafe anzumelden.

5) Die öffentliche Aufforderung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft (Art. 243) kann unterlassen oder auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Jedoch ist die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst in dem Zeitpunkte zulässig, in welchem eine Vertheilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen darf (Art. 245).

Preuß. Entw. Art. 205. - I. Entw. Art. 225. — II. Entw. Art. 233. — Prot. S. 367 f., 1072.

Die Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft wird Fusion genannt [1]). Dieselbe ist in zweifacher Weise ausführbar, entweder so, daß nur die eine Gesellschaft sich auflöst, die andere aber, welche das Vermögen der ersteren gegen Gewährung von Aktien übernimmt, mit unveränderter Firma fortbesteht; oder in der Weise, daß beide Gesellschaften sich auflösen und in eine neue dritte Gesellschaft aufgehen. Die Bestimmung in Art. 215 Abs. 2 bezieht sich dem Wortlaute nach nur auf die erste Art, der Sache nach aber auf beide Arten der Fusion, ebenso die Bestimmungen des Art. 247 [2]). Beide Arten haben das mit einander gemein, daß das Vermögen der durch die Fusion aufgelösten Gesellschaft nicht versilbert wird, indem die Entschädigung für die Ueberlassung des Vermögens an die andere oder an die neue Gesellschaft in Aktien der letzteren gewährt wird, welche zugleich die Passiva der aufgelösten Gesellschaft übernimmt. Hieraus ergibt sich, daß die Rechte der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft bei der Fusion besonders gewahrt werden müssen, und auf diesen Schutz beziehen sich die Bestimmungen des Art. 247.

Wenn die Statuten einer Gesellschaft die Fusion nicht unter denjenigen Gegenständen aufzählen, über welche die Generalversammlung beschließen kann, so ist sie der Beschlußfassung der Generalversammlung entzogen, sie kann dann nur durch Einstimmigkeit sämmtlicher Aktionäre zu Stande kommen (Art. 215 Abs. 2). Diese Bestimmung erscheint je-

---

[1]) Zimmermann, über die s. g. Fusion der Aktiengesellschaften in Busch' Archiv Bd. VI S. 225. Vgl. auch die Fälle in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 618, 622 und im Centralorgan Bd. I Nr. 20.

[2]) Auf die zweite Art der Fusion findet der Art. 247 allerdings nur analoge Anwendung, s. Koch zu Art. 247 Anm. 142.

doch deshalb von geringerer praktischer Bedeutung, weil den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten durch eine rechtzeitige Statutenänderung, nach Maßgabe des Art. 214, vorgebeugt werden kann.

Art. 248.

Eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitales an die Aktionäre kann nur auf Beschluß der Generalversammlung erfolgen; dieser Beschluß bedarf zu seiner Gültigkeit der staatlichen Genehmigung.

Die Zurückzahlung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (Art. 243, 245).

Die Mitglieder des Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegenhandeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verhaftet.

Preuß. Entw. Art. 179. — I. Entw. Art. 226. — II. Entw. Art. 234. — Prot. S. 310 f., 1072.

Aus den Bestimmungen des Art. ergibt sich, daß die Reduktion oder Verkleinerung des Grundkapitales der Gesellschaft in Gestalt einer theilweisen Zurückzahlung desselben an die Aktionäre nicht absolut verboten, sondern im Interesse der Gläubiger nur erschwert und an bestimmte gesetzliche Bestimmungen geknüpft ist [1]). Das Interesse der Gläubiger ist hier ein wohlberechtigtes, weil ihnen nicht die Aktionäre persönlich, sondern nur das in den veröffentlichten Statuten bestimmt fixirte Gesellschaftskapital haftet und eine einseitige Zurückziehung der von den Aktionären geleisteten Einzahlungen aus der Gesellschaftskasse ohne Vorwissen der Gläubiger mit dem Wesen der Aktiengesellschaft und der beschränkten Haft unverträglich ist [2]).

---

[1]) Der preuß. Entwurf (Art. 179) wollte die Verkleinerung des Gesellschaftskapitales durch Rückzahlungen an die Aktionäre überhaupt verbieten, diese Bestimmung wurde jedoch schon bei der ersten Lesung gestrichen und statt derselben später der jetzige Art. 248 angenommen.

[2]) Bei den öffentlichen Aufforderungen an die Gläubiger (Art. 243 Abs. 2)

Eine Reduktion des Gesellschaftskapitales kann auch in der Weise erfolgen, daß die Gesellschaft eine bestimmte Anzahl ihrer Aktien zurückkauft und diese vernichtet. In diesem letzteren Falle liegt eine nach den Vorschriften des Art. 248 zu behandelnde Verkleinerung des Grundkapitales vor, nicht aber auch dann, wenn die Gesellschaft eigene voll einbezahlte Aktien ankauft ohne sie zu tilgen und zu vernichten, denn alsdann bilden die zurückgekauften Aktien vielmehr einen Bestandtheil der Aktiva der Gesellschaft [3]).

Art. 249.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Aktiengesellschaften im Allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf. Auch in diesem Falle kommen jedoch die Bestimmungen dieses Titels zur Anwendung, ausgenommen insoweit dieselben:

1) zur Errichtung einer Aktiengesellschaft (Art. 208, 210, 211),
2) zu Beschlüssen der Generalversammlung (Art. 214),
3) zur Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung mit einer anderen Aktiengesellschaft (Art. 247),
4) zur theilweisen Zurückzahlung des Grundkapitales an die Aktionäre (Art. 248)

---

welche der Art. vorschreibt, wird nicht selten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Gläubiger sich nur dann zu melden brauchen, wenn sie ihr Interesse durch die beschlossene Reduktion des Kapitales gefährdet glauben Eine sehr zweckmäßige Bestimmung enthält übrigens die englische Companies Act v. J. 1867, indem sie vorschreibt, daß die Firma einer limitirten Gesellschaft nach der Reduktion des Kapitales lauten muß: limited-reduced.

[3]) Einzelne Statuten verbieten den Atiengesellschaften ausdrücklich den Ankauf eigener Aktien. So bestimmt z. B. das rev. Statut der Oesterreichischen Kreditanstalt: „Sie (die Kreditanstalt) darf in den zur Bildung ihrer Fonds ausgegebenen Aktien keine eigenen Geschäfte machen". Wenn in einem solchen Falle gleichwohl eigene Aktien angekauft werden sollen, so ist vorher eine Aenderung der betreffenden statutarischen Bestimmung nach Maßgabe des Art. 214 erforderlich.

die staatliche Genehmigung und deren Eintragung in das Handelsregister erfordern, und

5) die Anzeige, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, sowie die hierauf zu erlassende Verfügung der Verwaltungsbehörde (Art. 240, 242 Ziff. 3)

zum Gegenstande haben; der Gesellschaftsvertrag muß jedoch die in dem Art. 209 verzeichneten Bestimmungen enthalten, bevor die in dem Art. 210 vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister erfolgen kann.

Außerdem bleibt den Landesgesetzen überhaupt vorbehalten, zu bestimmen, daß für besondere Arten von Aktiengesellschaften oder in besonderen Fällen durch den Gesellschaftsvertrag mit staatlicher Genehmigung

1) die in dem Art. 222 bestimmte Höhe der Einzahlung von vierzig Prozent des Nominalbetrages der Aktien bis auf fünfundzwanzig Prozent dieses Betrages herabgesetzt, und

2) die in dem Art. 239 bestimmte Frist zur Vorlegung der Bilanz bis auf zwölf Monate seit Ablauf des Geschäftsjahres ausgedehnt werden darf.

I. Entw. Art. 227. — II. Entw. Art. 235. — Prot. S. 314 f., 371 f., 1073 f., 1444 f., 1461 f.

Ueber die Landesgesetzgebungen, nach welchen Aktiengesellschaften ohne staatliche Genehmigung errichtet werden können, s. S. 475 zu Art. 208 §. II.

Besondere Bestimmungen über die Herabsetzung der vierzig Prozent Einzahlung auf fünfundzwanzig Prozent sind enthalten in den Einführungsgesetzen von Oestreich §. 35, Hamburg §. 26, Bremen §. 26, Mecklenburg-Schwerin und M.-Strelitz §. 29 [1]).

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 222 Ziff. 2 und 3. Auch in anderen deutschen Staaten ist einzelnen Aktiengesellschaften die Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber nach Einzahlung von 25% durch besondere Bewilligung gestattet worden, z. B. der Oberhessischen Eisenbahngesellschaft im Großh. Hessen (1868).

Drittes Buch.

Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Art. 250—270.

Erster Titel.

Von der stillen Gesellschaft.

Art. 250.

Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt.

Zur Gültigkeit des Vertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder sonstiger Förmlichkeiten nicht.

II. Entw. Art. 236. — Protok. S. 287 f., 1081, 1085 f., 1156, 1166.

I. In der Einleitung zum II. Buche des HGB.'s, sowie zum Titel von der Kommanditgesellschaft ist bereits ausgeführt worden, daß die stille Gesellschaft gegenwärtig ein von der Kommanditgesellschaft verschiedenes Rechtsinstitut ist und daß sie überhaupt nicht zu den Handelsgesellschaften gerechnet wird [1]). Es fehlt der stillen Gesellschaft die charakteristische Eigenschaft der Handelsgesellschaft: die Vereinigung Mehrerer zu einem gemeinsamen Handelsgewerbe. Die stille Gesellschaft ist zwar wie die s. g. partikulare Gesellschaft oder die Vereinigung Mehrerer zu einzelnen Handelsgeschäften eine Gesellschaft von handelsrechtlichem Inhalte, aber sie ist keine Handelsgesellschaft, man würde sie nur eine uneigentliche Handelsgesellschaft nennen können.

---

[1]) Vgl. S. 4, 329 f. dieses Bandes.

Ueber die Verschiedenheiten der stillen und der Kommanditgesellschaft im Einzelnen, sowie über die Gründe, welche zur Trennung beider im Gesetzbuche geführt haben, s. die Erläuterungen zu Art. 150 S. 330 bis 340, dort auch über den Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und dem bloßen Tantièmesystem sowie über die modernen Industrial Partnerships und die s. g. Dividendengenossenschaften zwischen Fabrikanten und Arbeitern (S. 334 Anm. 8 bis 10).

II. Der stille Gesellschafter ist am Handelsgewerbe eines Anderen, des Geschäftsinhabers, mit einer bestimmt begrenzten Vermögenseinlage und den Gläubigern des Geschäftsinhabers gegenüber mit beschränkter Haft betheiligt (Art. 258). Der Antheil des stillen Gesellschafters am Gewinne und Verluste des Geschäftes wird durch freie Vereinbarung bestimmt, in Ermangelung einer solchen durch den Richter und im letzteren Falle nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen (Art. 254) [2].

Zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter entsteht durch die Betheiligung des letzteren kein gemeinschaftliches Etablissement; der Geschäftsinhaber, welcher hier wie bei der Kommanditgesellschaft der Komplementar genannt wird, hat nicht die Stellung eines dirigirenden Socius, sondern er bleibt auch nach der Betheiligung des stillen Gesellschafters alleiniger Inhaber des Handelsgewerbes, es ist *seine* Firma, welche er führt, die stille Gesellschaft als solche hat keine Firma und kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 251).

Die gesellschaftliche Natur des Verhältnisses tritt nach Außen gar nicht, sondern nur nach Innen, und auch nach Innen nicht in allen wesentlichen Richtungen hervor. Man hat deshalb die stille Gesellschaft auch ein modifizirtes Darlehensverhältniß genannt, modifizirt durch die Betheiligung des Gläubigers am Gewinne und Verluste des Handelsgewerbes des Schuldners, welcher in Folge dieser Betheiligung dem Gläubiger zur Rechnungslegung über den Gewerbebetrieb verpflichtet ist (Art. 253) [3].

III. Der Geschäftsinhaber kann ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft sein. Im letzteren Falle bleibt das Geschäft ein gesellschaftliches, aber es erlangt oder verändert diese Eigenschaft nicht durch

---

[2]) Ueber die verschiedenen Modalitäten, welche vereinbart werden können, s. *Auerbach*, Gesellschaftswesen S. 130 f. Ueber die s. g. societas leonina s. oben S. 227 §. II.

[3]) Daß der Komplementar immer *statt* der Zinsen einen Antheil am Gewinne verspricht, wie v. *Hahn* und *Koch* zu Art. 250 anzunehmen scheinen, ist keineswegs der Fall, er kann die Zinsen auch *neben* dem Gewinnantheile versprechen.

die Betheiligung des stillen Socius, die offene Gesellschaft bleibt offene, die Kommanditgesellschaft bleibt Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft bleibt Aktiengesellschaft, auch wenn stille Gesellschafter hinzutreten [4].

Sind mehrere stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe des Komplementars betheiligt, so stehen dieselben dem letzteren in Ermangelung besonderer Verträge immer nur als Einzelne gegenüber. Durch besondere vertragsmäßige Bestimmungen können jedoch die stillen Gesellschafter zu einem besonderen Verbande mit gesellschaftlicher Organisation vereinigt werden [5].

Wie der Geschäftsinhaber so kann aber auch der stille Gesellschafter eine Handelsgesellschaft sein, ohne daß dadurch die rechtliche Natur derselben verändert wird.

IV. Ueber die verschiedenen Arten der Vermögenseinlagen s. die Erläuterungen zu Art. 91 und zu Art. 252 [6].

V. Zur Führung der Geschäfte ist der stille Gesellschafter weder berechtigt noch verpflichtet, in dieser Hinsicht steht der stille Gesellschafter dem Kommanditisten gleich (Art. 158 Abs. 2). Wohl aber kann derselbe in Folge besonderen Auftrages als Prokurist, als Handlungsbevollmächtigter oder als Handelsgehülfe im Geschäfte des Komplementars thätig sein, ohne daß dadurch an der Natur der stillen Gesellschaft etwas geändert

---

[4]) Beispiele für das Vorkommen von stillen Gesellschaftern bei Aktienkommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften s. S. 346 Anm. 38.

[5]) S. die in der vorigen Anm. angeführten Beispiele.

[6]) In größeren kaufmännischen Geschäften kommt es öfter vor, daß Gehülfen und Beamte, welche außer ihrem Gehalte noch eine Tantième vom Reingewinne beziehen, eine bestimmte Geldsumme als Kaution einzuzahlen haben. Dadurch allein werden diese Personen noch nicht zu stillen Gesellschaftern, denn die Kaution ist an sich noch keine Vermögenseinlage im Sinne der stillen Gesellschaft (Art. 250) oder im Sinne der Kommanditgesellschaft, und die Gewährung einer Tantième ohne Vermögenseinlage bringt das Verhältniß der stillen Gesellschaft nicht hervor. Vgl. das S. 334 Anm. 8 angeführte Erkenntniß des Handels-App.-Ger. zu Nürnberg. Daß die Kaution zugleich auch die Eigenschaft einer Vermögenseinlage haben kann, mit welcher sich der Einleger an dem Geschäfte betheiligt, ist zweifellos, dazu bedarf es aber besonderer vertragsmäßiger Bestimmungen. Ebenso kann auch die Tantième selbst zur Vermögenseinlage werden, wenn sie, anstatt ausbezahlt zu werden, gutgeschrieben und als Geschäftsantheil behandelt wird, auf diesen Fall bezieht sich die Bemerkung in Bd. I S. 416 Anm. 3.

wird [7]), auch findet die Vorschrift des Art. 167 Abs. 3 auf den stillen Gesellschafter keine Anwendung.

Art. 251.

Der Inhaber des Handelsgewerbes betreibt die Geschäfte unter seiner Firma.

Eine das Verhältniß einer Handelsgesellschaft andeutende Firma darf derselbe wegen der Betheiligung eines stillen Gesellschafters bei Ordnungsstrafe nicht annehmen.

II. Entwurf Art. 237. — Protok. S. 1156, 1166.

Die Betheiligung eines stillen Gesellschafters an dem Handelsgewerbe des Komplementars bringt keine Aenderung in der Firma des letzteren hervor. Ist der Komplementar eine Handelsgesellschaft, so behält dieselbe ihre Gesellschaftsfirma; ist er ein Einzelkaufmann und steht ihm aus anderweitigen Gründen das Recht zu, eine Gesellschafsfirma zu führen [1]), so wird an dieser Befugniß durch den Eintritt des stillen Socius nichts geändert [2]).

Art. 252.

Der Inhaber des Handelsgewerbes wird Eigenthümer der Einlage des stillen Gesellschafters.

Der stille Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

II. Entw. Art. 238. — Protok. S. 1081, 1082, 1088 f., 1156, 1166.

I. Die stille Gesellschaft als solche besitzt kein eigenes Gesellschaftsver-

---

[7]) Erk. des Hand.-Appell.-Ger. zu Nürnberg v. 1. Juli 1867 in der Sammlung wicht. Entscheid. dieses Gerichtshofes Bd. I S. 317.

[1]) S. Art. 16, 22 und 24.

[2]) S. jedoch Art. 257.

mögen und auch kein gemeinschaftliches Eigenthum, welches aus den Einlagen der Mitglieder, also des Komplementars und des stillen Socius, gebildet würde, sondern das Etablissement und Handelsgewerbe, an welchem der stille Gesellschafter sich betheiligt, steht im alleinigen Eigenthum des Komplementars, und in das Eigenthum des letzteren geht auch die Einlage des stillen Socius über [1]), insofern die Einlage überhaupt zu Eigenthum und nicht blos zur Benutzung übertragen wird. Wird der inferirte Gegenstand blos zur Benutzung übertragen, so behält der stille Socius das Eigenthum an demselben, das Recht der Benutzung in dem vertragsmäßig festgestellten Umfange geht auf den Komplementar über [2]).

II. Zu Abs. 2 s. Art. 255 Abs. 2.

Art. 253.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Das Handelsgericht kann auf den Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

II. Entw. Art. 239. — Protok. S. 1156, 1166, 4546.

S. die Erläuterungen zu Art. 160, welche auch auf den Art. 253 Anwendung finden. Insbesondere gilt dies auch von der vertragsmäßigen Erweiterung oder Beschränkung der dem stillen Gesellschafter im Art. 253 eingeräumte Befugnisse [1]). Hat der stille Socius auf diese Befug-

---

[1]) Aus dem im Art. gebrauchten Ausdrucke Eigenthum folgt jedoch nicht, daß die vertragsmäßigen Vorschriften und Beschränkungen hinsichtlich der Verwendung der Einlage für den Komplementar nicht bindend seien. S. das zu Art. 262 Anm. 1 a. Erkenntniß.

[2]) Ueber die verschiedenen Modalitäten s. Neues (Hamburger) Archiv f. Handelsrecht Bd. II S. 425.

[1]) Vgl. z. B. die Bedingungen der Betheiligung als stiller Gesellschafter des Barmer Bankvereins (s. oben S. 346 Anm. 38) Art. 19: „Ein Rechnungs-

nisse ganz oder theilweise verzichtet, so kommt die Bestimmung des Art. 105 Abs. 2 zur Anwendung, der Verzicht oder die Beschränkungen verlieren ihre Wirkung, wenn dem Komplementar eine Unredlichkeit hinsichtlich der Erfüllung derjenigen Pflichten nachgewiesen wird, welche dem Komplementar dem stillen Socius gegenüber obliegen.

Art. 254.

Ist über die Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe nach richterlichem Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, festgestellt.

Protok. S. 4546.

Durch die Aufnahme des Art. in das Gesetzbuch, welche erst in der dritten Lesung erfolgte, sollte lediglich die Annahme widerlegt werden, daß ein Gesellschaftsvertrag, in welchem über Vertheilung von Gewinn und Verlust nichts bestimmt worden, als nichtig anzusehen sei.

Ueber die bei Anwendung des Art. maßgebenden Grundsätze s. die Erläuterungen zu Art. 162.

Art. 255.

Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird der Gewinn und Verlust berechnet und dem stillen Gesellschafter der ihm zufallende Gewinn ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verlust nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, so lange

---

abschluß über die Operationen des Barmer Bankvereins wird jährlich an jeden der stillen Gesellschafter mitgetheilt. Durch Zeichnung der Beitrittserklärung leisten die stillen Gesellschafter Verzicht auf die weiter in Art. 253 des allg. d. HGB.'s ihnen zugewiesenen Rechte".

seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

II. Entw. Art. 240. — Protok. S. 1081 f., 1088 f., 1156, 1166, 4546.

Zu Abs. 2. s. die Erläuterungen zu Art. 161 Abs. 3.

Den wichtigsten Theil der Bestimmungen des Art. enthält der Abs. 3. Aus demselben ergibt sich, daß in Ermangelung einer entgegenstehenden Verabredung der stehengebliebene Gewinnantheil des stillen Gesellschafters nicht als eine Vermehrung der Einlage angesehen werden soll, weder zum Vortheile noch zum Nachtheile des stillen Socius, daß vielmehr für diesen der Gewinnantheil eine gewöhnliche Forderung, ein einfaches Kreditum, und für den Komplementar eine gewöhnliche Schuldverbindlichkeit begründet [1]), deren Erfüllung der stille Socius fordern kann, ohne an eine andere Einschränkung als die im Abs. 2 des Art. enthaltene gebunden zu sein. Die im Art. 108 Abs. 2 enthaltene Beschränkung rücksichtlich der Erhebung von Gewinn, welche nach Art. 161 Abs. 1 auch auf den Kommanditisten Anwendung findet [2]), findet keine Anwendung auf den stillen Gesellschafter.

Der Art. spricht nur vom Gewinne, nicht auch von den Zinsen der Einlage. Man wird zu unterscheiden haben, ob dem stillen Gesellschafter feste, vom Gewinne und Verluste unabhängige Zinsen für seine Einlage versprochen worden sind oder nicht. Im ersteren Falle muß die Zinszahlung auch dann erfolgen, wenn die Einlage durch Verlust vermindert ist [3]), sie bildet alsdann eine selbstständige Forderung des stillen Gesellschafters; wenn dagegen im zweiten Falle Zinsen der Einlage berechnet und vergütet werden, so bilden dieselben nur einen rechnungsmäßigen Bestandtheil des Gewinnes und fallen unter die Beschränkung im Abs. 2 des Art. [4]).

---

[1]) Protok. S. 4546.

[2]) Vgl. S. 362, 363.

[3]) v. Hahn zu Art. 255 §. 3.

[4]) Vgl. auch Protok. S. 4644, 4645. S. auch Art. 258 Anm. 3.

Art. 256.

Aus den Geschäften des Handelsgewerbes wird der Inhaber desselben dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

II. Entw. Art. 241. — Protok. S. 1156, 1166.

Art. 257.

Der Name eines stillen Gesellschafters darf in der Firma des Inhabers des Handelsgewerbes nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle haftet der stille Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch.

II. Entw. Art. 242. — Protok. S. 1082, 1090, 1109, 1157, 1166.

S. die Erläuterungen zu der analogen Bestimmung des Art. 168.

Art. 258.

Wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in Konkurs verfällt, so ist der stille Gesellschafter befugt, wegen seiner Einlage, soweit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Antheiles am Verlust übersteigt, eine Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat der stille Gesellschafter dieselbe bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheiles am Verluste erforderlich ist, in die Konkursmasse zu zahlen.

II. Entw. Art. 243 Abs. 1. — Prot. S. 1092 f., 1157 f., 1167 f., 4547 f., 4650.

Die stille Gesellschaft als solche kann nicht in Konkurs verfallen, sie ist weder ein für sich bestehendes selbstständiges Rechtssubjekt, noch hat

sie ein besonderes Vermögen [1]). Wohl aber kann der Konkurs über das Vermögen des Geschäftsinhabers, des Komplementars eröffnet werden, und wenn dieser eine Handelsgesellschaft ist, so entsteht ein Gesellschaftskonkurs. Es gibt überhaupt keine besonderen Gläubiger der stillen Gesellschaft, sondern nur Gläubiger des Geschäftsinhabers. Welchen Antheil der stille Gesellschafter vom Verluste des Komplementars tragen soll, wird zwischen diesen beiden vertragsmäßig festgesetzt und die Konkursgläubiger des Geschäftsinhabers können, abgesehen von der actio Pauliana (Art. 259), dem stillen Gesellschafter gegenüber nicht mehr Rechte beanspruchen als jenem vertragsmäßig zustehen. Den Abzug der vertragsmäßigen Verlustrate muß sich der stille Socius gefallen lassen, aber denjenigen Betrag seiner Einlage, welcher diesen Antheil übersteigt, kann er bei Auflösung der Gesellschaft zurückfordern, und wenn die Auflösung durch den Konkurs des Geschäftsinhabers erfolgt, so steht er hinsichtlich dieser Forderung den Handelsgläubigern des letzteren nicht nach, sondern gleich [2]).

Wenn die Einlage des stillen Gesellschafters vor der Eröffnung des Konkurses noch nicht eingezahlt ist, so kann nur derjenige Betrag derselben zur Konkursmasse des Geschäftsinhabers eingefordert werden, welcher zur Deckung des vertragsmäßigen Verlustantheiles des stillen Gesellschafters erforderlich ist.

---

[1]) Ueber den Konkurs der Kommanditgesellschaft s. S. 331 §. III.

[2]) Nach den Beschlüssen der zweiten Lesung enthielt der Art. die entgegengesetzte Bestimmung, II. Entw. Art. 243:

> „Im Falle der Inhaber des Handelsgewerbes in Konkurs verfällt, werden alle Gläubiger desselben vor dem stillen Gesellschafter befriedigt. Der stille Gesellschafter hat die etwa rückständige Einlage in die Konkursmasse zu zahlen".

(Prot. S. 1157 f., 1167, 1176, 1177). Demnach sollte die Einlage des stillen Gesellschafters den Konkursgläubigern des Komplementars ohne Einschränkung auf die vertragsmäßige Verlustrate haften, und zwar allen Gläubigern desselben, den Handelsgläubigern wie den Privatgläubigern. In der dritten Lesung wurde nun zunächst beantragt, die Bestimmung auf die Handelsgläubiger zu beschränken und nur diesen gegenüber die Haft der ganzen Einlage eintreten zu lassen (Prot. S. 4547 f.), schließlich wurde jedoch das ganze Prinzip verworfen und der Art. in seiner jetzigen Fassung angenommen, welche dem Wesen der stillen Gesellschaft allein entspricht. Wäre die ursprüngliche Fassung beibehalten worden, so würde der Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft sowie zwischen der nicht veröffentlichten und der veröffentlichten stillen Gesellschaft (Art. 260) wieder erheblich abgeschwächt worden sein.

Uebrigens ist es Sache der Gläubiger, die behauptete Höhe des Verlustes dem stillen Gesellschafter gegenüber zu beweisen [3]).

Art. 259.

Wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes durch Vereinbarung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst worden ist, so können die Konkursgläubiger verlangen, daß der stille Gesellschafter die ihm zurückbezahlte Einlage in die Konkursmasse einzahle, unbeschadet seines Rechtes, die in dem Zeitpunkte der Auflösung ihm aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehende Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Dasselbe gilt, wenn dem stillen Gesellschafter in dem bezeichneten Zeitraum ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Einlage zurückbezahlt wurde.

In gleicher Weise ist, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in dem bezeichneten Zeitraum dem stillen Gesellschafter dessen Antheil an dem entstandenen Verlust ganz oder theilweise erlassen hat, der Erlaß zu Gunsten der Konkursgläubiger unwirksam.

Die Bestimmungen dieses Artikels treten nicht ein, wenn der stille Gesellschafter beweist, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

II. Entw. Art. 243 Abs. 2. — Protok. S. 1082, 1091 f., 1157, 1167 f., 4552, 4554 f., 4650 f.

I. Die in den Bestimmungen des Art. enthaltene Ausdehnung der

---

[3]) Ebenso wie es im Falle des Art. 255 Abs. 2 Sache des Geschäftsinhabers ist, die Höhe des Verlustes, beziehungsweise die Absorbirung der Einlage, zu beweisen und im Falle er auf Herausgabe der Einlage verklagt ist, die

Actio Pauliana ist den in mehreren neueren Gesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner nachgebildet [1]). Die Bestimmungen enthalten eine Ausnahme von der Regel, daß die Gläubiger zur Begründung der Anfechtung eines Rechtsgeschäftes ihres Schuldners solche Umstände anführen und beweisen müssen, aus welchen ein Einverständniß der Kontrahenten zur Benachtheiligung der Gläubiger hervorgeht [2]). Das Gesetz stellt mit Rücksicht darauf, daß die Auflösung der stillen Gesellschaft durch Vereinbarung [3]) zwischen den Gesellschaftern und innerhalb des letzten Jahres vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers erfolgt ist, ein für allemal die Vermuthung auf, daß der Gemeinschuldner das nahe Bevorstehen des Konkurses bereits vorhergesehen habe oder habe vorhersehen können und daß jene Handlungen nur deshalb vorgenommen worden seien, um dem stillen Gesellschafter einen Vortheil zum Nachtheile der übrigen Gläubiger zu sichern [4]). Das-

---

Absorbirung derselben durch Verlust im Wege der Einrede geltend zu machen. Erk. des Hamburger Oberger. v. 17. Januar 1868 in der Hamburgischen Handelsger.-Zeitung 1868 S. 232.

[1]) Code de commerce Art. 446. Preuß. Konkursordnung (v. 8. Mai 1855) §. 101, 102), preuß. Gesetz vom 9. Mai 1855 (über die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses) §. 5.

[2]) Koch zur preuß. Konkursordnung §. 101 Anm. 15.

[3]) Ist die Auflösung aus einem anderen Grunde erfolgt (Art. 261 Ziff. 1, 2, 3, 5, 6 und Art. 262), so findet die Klage aus Art. 259 nicht statt; ob alsdann die actio Pauliana aus einem anderen Grunde angestellt werden kann, richtet sich nach dem Civilrechte und den landesgesetzlichen Bestimmungen über diese Klage. S. Anm. 1 und 4.

[4]) Die Bestimmungen des Art. beruhen auf der s. g. Gratifikationstheorie bei Anwendung der actio Pauliana, welche den Grundsatz aufstellt, daß einzelne Gläubiger vom insolventen Schuldner nicht zum Nachtheile der übrigen begünstigt werden sollen. Während in der älteren gemeinrechtlichen Literatur diese Theorie vorherrschte, wird dieselbe von den meisten neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern verworfen, weil von einem Dolus bei demjenigen, welcher die ihm gebührende Zahlung erhält, wenigstens nach den ausdrücklichen Vorschriften des römischen Rechtes keine Rede sein könne. S. Windscheid, Pandekten §. 463 Ziff. 6, und Arndts, Pandekten §. 228 Anm. 3. In der Gesetzgebung findet dagegen die umgekehrte Bewegung statt; die neueren Konkursordnungen haben nach dem Vorgange des französischen Rechtes jenen Grundsatz sanktionirt und weiter ausgedehnt, s. die in der Anm. 1 a. Gesetze. Ebenso gilt die Gratifikationstheorie nach dem engli-

selbe gilt von der freiwilligen Rückzahlung der Einlage oder eines Theiles derselben (Abs. 2 des Art.) und vom freiwilligen Erlasse der Verlustrate (Abs. 3) [5]), wenn dieselben innerhalb des entscheidenden letzten Jahres erfolgt sind.

Die gesetzliche Vermuthung ist jedoch keine praesumtio juris et de jure, sondern sie gilt nur bis zur Erbringung des in Abs. 4 bezeichneten Gegenbeweises, welchen der stille Gesellschafter zu führen hat [6]). Mit diesem Gegenbeweise ist die Berufung des stillen Gesellschafters auf seinen guten Glauben und auf den Mangel einer Theilnahme seinerseits an dem Dolus des Geschäftsinhabers nicht zu verwechseln, von der Frage des guten oder bösen Glaubens auf Seiten des stillen Gesellschafters wird vielmehr hier völlig abgesehen.

II. Die Bestimmungen des Art. kommen nur im Falle des Konkurses des Geschäftsinhabers zur Anwendung. Wollen die Gläubiger des letzteren die im Art. bezeichneten Handlungen außerhalb des Konkurses anfechten, so richtet sich diese Befugniß und deren Ausübung nach den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses [7]). Die Gläubiger können aber auch im Falle des Konkurses des Geschäftsinhabers von den ihnen nach Civilrecht oder nach den Konkursordnungen zustehenden Anfechtungsklagen Gebrauch machen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorliegen [8]), wie denn diese civilrechtlichen und landesgesetzlichen Bestimmungen auf alle übrigen im Art. nicht bezeichneten Fälle der Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners Anwendung finden [9]).

---

schen Konkursrechte, in welchem das Verbot und die Ungültigkeit der undue oder fraudulous preference sehr scharf ausgebildet ist. Vgl. Rießer im Neuen (Hamburger) Archiv f. Handelsrecht Bd. II S. 1.

[5]) Nicht auch vom Erlasse der noch nicht eingezahlten Einlage schlechthin, wenn dies überhaupt als ein Erlaß bezeichnet werden kann. Protok. S. 4558.

[6]) Daß über das Vorhandensein der im Abs. 4 bezeichneten Umstände der Richter nur nach seinem freien, durch die Erwägung der ganzen Sachlage geleiteten Ermessen entscheiden kann, folgt schon aus der Natur der Sache, S. auch preuß. Konkursordnung §. 111.

[7]) S. die Anm. 1 zu diesem Artikel.

[8]) Wenn sowohl die Voraussetzungen der Klage aus Art. 259 als diejenigen der Actio Pauliana vorliegen, so haben die Gläubiger die Wahl zwischen beiden.

[9]) Z. B. auf den im Art. nicht berührten Fall, wenn zwar die Auflösung der Gesellschaft vor Beginn des entscheidenden Jahres, die Rückzahlung der Einlage aber innerhalb des Jahres erfolgt ist, vorausgesetzt, daß die Vor-

Art. 260.

Ob und inwieweit eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen eintritt, wenn durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen.

II. Entw. Art. 244. — Prot. S. 305 f., 1082, 1091 f., 1156 f., 1170 f.

Die Unterscheidung zwischen der veröffentlichten und der nicht veröffentlichten stillen Gesellschaft ist aus dem älteren Rechte in das HGB. herübergenommen worden, ohne daß sich jedoch das Gesetzbuch in positiv bindender Weise über die rechtlichen Folgen der Veröffentlichung ausgesprochen hat. Vielmehr ist hinsichtlich der Beurtheilung dieser Folgen auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verwiesen.

Nach dem älteren Handelsrechte ging man von der Annahme aus, daß in der Bekanntmachung des Bestehens einer stillen Gesellschaft, wenn dieselbe entweder durch den stillen Gesellschafter selbst oder mit seinem Wissen und Willen erfolgt, eine Aufforderung an die Handelsgläubiger oder wenigstens an diejenigen Gläubiger liege, an welche die Bekanntmachung speziell ergeht, dem Komplementar einen erhöhten Kredit zu schenken und aus diesem Kreditauftrage, beziehungsweise aus dieser Bürgschaft sei dann der stille Gesellschafter bis zur Höhe seiner Einlage den Dritten verhaftet [1]).

Das HGB. hat nun, wie sich aus Art. 260 ergibt, diese Auffassung weder ausdrücklich sanktionirt noch ausdrücklich verworfen, sondern hat die Frage ausdrücklich als eine offene bezeichnet, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und selbstverständlich auch nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden soll. Man hat hierdurch die Schwierigkeiten umgehen wollen, welche für den Gesetzgeber entstehen würden, wenn die einzelnen

---

aussetzungen der Actio Pauliana (nach den Landesgesetzen) überhaupt vorliegen. v. Hahn zu Art. 259 §. 3.

[1]) Protok. S. 305 f., 1170 f. Thöl, Handelsrecht §. 41 Anm. 5 a. Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man das Verhältniß nicht als Kreditauftrag (mandatum de credendo), sondern lediglich unter dem Gesichtspunkte der bona fides auffaßt. Wenn der stille Gesellschafter durch die Veröffentlichung seiner Betheiligung den Handelskredit des Komplementars erhöht so würde es der bona fides widersprechen, wenn man ihm gestatten wollte, im Falle der Insolvenz des Komplementars die Einlage den Handelsgläubigern des letzteren zu entziehen.

Arten der im Art. erwähnten Bekanntmachungen — auf der einen Seite die Zirkulare, die Zeitungsannoncen, der Anschlag an der Börse, die in bindender Weise erfolgte briefliche oder mündliche Mittheilung, auf der anderen Seite dagegen die blos gelegentliche briefliche oder gesprächsweise Mittheilung unter Freunden — hinsichtlich ihrer verschiedenen Wirkungen im Gesetze selbst hätten unterschieden werden sollen [2]). Die Bekanntmachung oder Mittheilung, daß eine stille Gesellschaft bestehe, kann in der Absicht geschehen, dadurch den Kredit des Geschäftsinhabers zu vermehren, es ist aber in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob sie durch den stillen Gesellschafter selbst, beziehungsweise mit seinem Wissen und Willen, und in der Absicht erfolgt ist, diejenigen, für welche die Mittheilung bestimmt war, zu veranlassen, dem Geschäftsinhaber Kredit zu geben; nur in diesem Falle liegt ein Kreditauftrag des stillen Gesellschafters vor, beschränkt auf die Höhe seiner Einlage und auf dasjenige Handelsgewerbe des Komplementars, auf welches sich die Betheiligung des stillen Socius bezieht.

Bei Beurtheilung der in Rede stehenden Bekanntmachungen und Erklärungen hat der Richter auf die im Handelsverkehre übliche Auffassung derselben Rücksicht zu nehmen (Art. 279).

Der Eintragung in das Handelsregister können sich die Parteien zum Zwecke der Bekanntmachung der stillen Gesellschaft nicht bedienen, weil die stille Gesellschaft überhaupt nicht in das Register eingetragen wird und das Register nicht zur Aufnahme aller Erklärungen und Anmeldungen bestimmt ist, an deren Veröffentlichung die Parteien ein Interesse haben, sondern nur zur Aufnahme der im HGB. oder in den Landesgesetzen angeordneten Eintragungen [3]).

Eine andere Frage ist aber, ob von der Bekanntmachung der stillen Gesellschaft, wie sie der Art. 260 in Anlehnung an das frühere Recht zuläßt, in Zukunft noch häufig Gebrauch gemacht werden wird. Wenn nämlich zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter ein Einverständniß darüber besteht, daß das zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsverhältniß nicht blos nach Innen, sondern auch nach Außen wirken und hervortreten und daß demnach der Kredit des Geschäftes um den vollen Betrag der Einlage erhöht werden soll, so können sie diesen Zweck gegenwärtig auch durch Gründung einer Kommanditgesellschaft erreichen, und

---

[2]) Protok. S. 1173.

[3]) S. die Erläuterungen zu Art. 12 und zu Art. 86 (S. 98 dieses Bandes).

dieser letztere Weg wird in vielen Fällen der einfachere und zuverlässigere sein [4]). Hiemit mag auch die allmähliche Zunahme der Kommanditgesellschaften in Verbindung stehen, welche sich aus den Handelsregistern und den amtlichen Publikationen ergibt [5]).

Art. 261.

Die stille Gesellschaft wird aufgelöst:

1) durch den Tod des Inhabers des Handelsgewerbes, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll;
2) durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes zur selbstständigen Vermögensverwaltung;
3) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes oder des stillen Gesellschafters;
4) durch gegenseitige Uebereinkunft;
5) durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die stille Gesellschaft eingegangen ist, wenn dieselbe nicht stillschweigend fortgesetzt wird; in diesem Falle gilt der Vertrag von da an als auf unbestimmte Dauer geschlossen;
6) durch die Aufkündigung eines der beiden Theile, wenn der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen ist.

Ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag ist als auf unbestimmte Dauer geschlossen zu betrachten.

Die Aufkündigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages muß, wenn nicht ein Anderes vereinbart

---

[4]) Deshalb hatte die Redaktionskommission bei dem von ihr in der zweiten Lesung vorgelegten speziellen Entwurfe über die Kommandit- und die stille Gesellschaft die Veröffentlichung der stillen Gesellschaft gar nicht erwähnt und ihr eine besondere Rechtswirkung nicht beigelegt, weil diese Veröffentlichung, systematisch und konsequent aufgefaßt, mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister zusammentreffe. Prot. S. 1160, 1161 und oben S. 336 bis 338.

[5]) Vgl. S. 339 und 401 Anm. 16 dieses Bandes.

ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen.

II. Entw. Art. 245. — Protok. S. 1157, 1178, 4651 f.

I. Ueber die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Geschäftsinhabers (Ziff. 1 des Art.) s. die Erläuterungen zu Art. 123 Ziff. 2.

II. Zu Ziff. 1, 2 und 3 s. Art. 264 und die Erläuterungen zu Art. 170 Abs. 1 (S. 386 bis 388), welche hier analog zur Anwendung kommen. Durch den Konkurs des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft aufgelöst; diese Bestimmung wurde in dritter Lesung aus denselben Gründen aufgenommen, welche oben zu Art. 170 für die Auflösung der Kommanditgesellschaft durch den Konkurs des Kommanditisten angeführt worden sind [1]); dieselben Gründe führten auch zur ausdrücklichen Aufnahme der Bestimmung in Art. 263.

Art. 262.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft kann vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einem Vertrage von unbestimmter Dauer ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden, wenn dazu wichtige Gründe vorhanden sind. Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruches dem Ermessen des Richters überlassen.

II. Entw. Art. 246. — Protok. S. 1178, 4554.

S. die Erläuterungen zu Art. 125 und zu Art. 170 Abs. 2. Was an letzterer Stelle (S. 388) über die Auflösung wegen solcher Gründe bemerkt ist, welche in der Person des Kommanditisten liegen, ist auch auf den stillen Gesellschafter anwendbar. Von den im Art. 125 aufgezählten Gründen findet insbesondere der Fall auch auf die stille Gesellschaft Anwendung: „wenn ein Gesellschafter (hier der Geschäftsinhaber) das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht", wenn

[1]) Vgl. S. 387, 388 dieses Bandes und Prot. S. 4651 bis 4653.

er also die Einlage des stillen Socius nicht in das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildende Unternehmen, sondern in ein anderes verwendet [1]).

Art. 263.

Die Bestimmung des Art. 126 gilt auch zu Gunsten der Privatgläubiger eines stillen Gesellschafters.

Prot. S. 4651 bis 4653.

S. die Erläuterungen zu Art. 261 §. II. Unter Privatgläubigern des stillen Gesellschafters sind die persönlichen Gläubiger desselben zu verstehen, im Gegensatze zu den Gläubigern des Geschäftsinhabers.

Art. 264.

Wenn der stille Gesellschafter stirbt oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der stillen Gesellschaft nicht zur Folge.

II. Entw. Art. 247. — Prot. S. 308, 1082, 1090, 1157, 1178, 4651 bis 4653.

S. die Erläuterungen zu Art. 261 §. II.

[1]) Einen Fall dieser Art. s. in dem Erkenntn. d. Handels-Appell.-Gerichtes zu Nürnberg v. 14. Febr. 1868 in der Sammlung wichtiger Entscheid. Bd. II S. 89. Die Einlage war für das vom Komplementar betriebene Gypshandelsgeschäft erfolgt, dieser hatte sie aber in ein von ihm daneben betriebenes Spezereigeschäft verwendet; die Auflösungsklage des stillen Gesellschafters wurde zugelassen, dem Kläger jedoch, bei Widerspruch des Verklagten, der Beweis auferlegt.

Art. 265.

Nach Auflösung der stillen Gesellschaft muß der Inhaber des Handelsgewerbes sich mit dem stillen Gesellschafter auseinandersetzen und die Forderung desselben in Gelde berichtigen.

Der Inhaber des Handelsgewerbes besorgt die Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte.

II. Entw. Art. 248. — Prot. S. 1157, 1178.

Zweiter Titel.

Von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Wolff, zur Lehre von der Gelegenheitsgesellschaft, in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VIII S. 391. — Vorstmann, Academisch proefschrift over handelingen voor gemeene rekening, Leyden 1860.

Art. 266.

Die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung bedarf einer schriftlichen Abfassung nicht und ist sonstigen Förmlichkeiten nicht unterworfen.

Preuß. Entw. Art. 206. — I. Entw. Art. 228. — II. Entw. Art. 249. — Prot. S. 395, 1076, 1180.

Die Vereinigung mehrerer Personen zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung ist eine Gesellschaft von handelsrechtlichem Inhalte, aber keine Handelsgesellschaft, weil ihr die nothwendige Eigenschaft der letzteren, die Vereinigung zum Betriebe eines gemeinsamen Handelsgewerbes, abgeht.

Solche Vereinigungen werden auch partikulare Gesellschaften asso-

ciation commerciale en participation [1]), Konto-Meta-Geschäfte [2]), Gelegenheitsgesellschaften, Konsortien, Syndikate genannt. Die letztere Bezeichnung, deren sich die neuere Börsensprache mit besonderer Vorliebe bedient, ist französischen Ursprunges und wird in Frankreich ebensowohl für Korporationen und solche Genossenschaften, welche einen oder mehrere Syndici zu Vorstehern oder Vertretern haben, gebraucht, als für vorübergehende Vereinigungen zur Vornahme bestimmter einzelner Spekulationen [3]).

Ob eine Gesellschaft nur eine Vereinigung zu bestimmten einzelnen Geschäften oder aber eine Vereinigung zu einem gemeinsamen Handelsgewerbe, also eine Handelsgesellschaft sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Die Motive zum preußischen Entwurfe (S. 99) heben mit Recht hervor, daß bei der partikularen Gesellschaft die Geschäfte, für welche die Vereinigung erfolgt ist, sich bereits zur Zeit der Vereinbarung als vereinzelte und bestimmt zu bezeichnende darstellen müssen [4]).

Art. 267.

Wenn nicht ein Anderes verabredet ist, so sind alle Theilnehmer in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet.

Preuß. Entw. Art. 207. — I. Entw. Art. 228. — II. Entw. Art. 250. — Prot. S. 395, 1076.

---

[1]) Code de commerce Art. 47.

[2]) Conto a meta, conto a terza u. s. w.

[3]) Syndikat wird insbesondere auch das dirigirende Komité genannt, welches an der Spitze solcher vorübergehender großer Konsortien für eine oder mehrere Finanzoperation steht. Ferner heißen aber auch die Börsenvorstände, die dirigirenden Ausschüsse der Makler, die Börsenschiedsgerichte u. s. w. nicht selten Syndikate. So wird der Vorstand der Pariser Wechselmakler (agents de change) die chambre syndicale genannt.

[4]) Erk. des Handels-Appell.-Gerichtes zu Nürnberg v. 1. Juli 1867 in der Sammlung wichtiger Entscheidungen Bd. I S. 317. Die französische Jurisprudenz besitzt eine besonders reiche Kasuistik über diese Frage, ohne daß man jedoch den Entscheidungen immer beistimmen könnte, s. Code de commerce annoté par Gilbert Art. 47, 48. — Daß auch die Vereinigungen der im Art. 10 des allg. d. HGB.'s bezeichneten kleinen Gewerbtreibenden nur partikulare Gesellschaften sind, ist bereits zu Art. 10 Bd. I S. 88 bemerkt worden.

Art. 268.

Ist über den Antheil der Theilnehmer am Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so werden die Einlagen verzinst, der Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen vertheilt.

Preuß. Entw. Art. 208. — I. Entw. Art. 230. — II. Entw. Art. 251. — Prot. S. 396 f., 1076.

Die Bestimmung des Art. 268 befindet sich im prinzipiellen Einklange mit den Bestimmungen über die Vertheilung von Zinsen und Gewinn bei der offenen Handelsgesellschaft, wie sie in den Art. 106 und 109 enthalten sind [1]). Auf diese Weise hat das Gesetzbuch auch hier die beiden sich entgegenstehenden Systeme, die Gewinn- und Verlustvertheilung nach Köpfen und diejenige nach Verhältniß der Kapitaleinlagen, in entsprechender Weise vereinigt, es erhält bei dieser Vertheilung auch derjenige einen Kopfantheil, welcher keine Vermögenseinlage, sondern nur seine Thätigkeit beigesteuert hat. Eine Abweichung von der offenen Handelsgesellschaft liegt jedoch darin, daß in Ermangelung besonderer Verabredungen die Einlagen nicht zu vier, sondern zu sechs Prozent verzinst werden; denn die in Art. 106 enthaltene Bestimmung über die Verzinsung zu vier Prozent ist hier nicht wiederholt und es muß somit die allgemeine Vorschrift des Art. 287 Abs. 2 zur Anwendung kommen.

Art. 269.

Aus Geschäften, welche ein Theilnehmer mit einem Dritten geschlossen hat, wird Ersterer dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

---

[1]) S. die Erläuterungen zu Art. 106 §. I und zu Art. 109 (S. 219 u. 227 dieses Bandes). Der preuß. Entwurf (Art. 208) schrieb die Vertheilung von Gewinn und Verlust nach Verhältniß der Einlagen vor, ohne die Verzinsung derselben zu erwähnen. Schon in der ersten Lesung wurde jedoch der Art. in seiner jetzigen, auch von kaufmännischer Seite empfohlenen Fassung angenommen, obgleich die im Entwurfe vorgeschlagene Art der Vertheilung ebenfalls von kaufmännischer Seite vertheidigt wurde (Prot. S. 396, 397).

Ist ein Theilnehmer zugleich im Auftrage und Namen der übrigen aufgetreten oder haben alle Theilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt, so ist jeder Theilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet.

Preuß. Entw. Art. 209. — I. Entw. Art. 231. — II. Entw. Art. 252. — Prot. S. 397 f., 402, 495 f., 1076, 1181 f.

„Da nach Außen hin eine Gesellschaft nicht vorhanden ist, so treten dritte Personen nur zu demjenigen Theilnehmer in ein unmittelbares Rechtsverhältniß, welcher mit ihnen das Geschäft abgeschlossen hat, ohne Unterschied, ob ihnen das Vorhandensein mehrerer Theilnehmer bekannt war oder nicht" [1]).

Dagegen tritt eine solidarische Haft sowie eine solidarische Berechtigung der sämmtlichen Theilnehmer dann ein, wenn dieselben durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt haben, mag dieser Bevollmächtigte nun einer der Theilnehmer selbst oder ein Dritter sein, ferner aber auch dann, wenn sämmtliche Theilnehmer gemeinschaftlich gehandelt haben. Diese letztere Bestimmung enthält eine Abweichung vom römischen und gemeinen deutschen Recht, nach welchem die Regel gilt, daß aus einem von mehreren Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ohne besondere Verabredung weder eine solidarische Verpflichtung noch eine solidarische Berechtigung folgt und die Berechtigung wie die Verpflichtung sich vielmehr theilt [2]). Die Motive zum preußischen Entwurfe (Art. 209) rechtfertigen den Eintritt der Solidarität durch die Bezugnahme darauf, daß es für Dritte in der Regel schwierig sei, die Antheile der einzelnen Theilnehmer zu beweisen und daß es zur Förderung des Handelsverkehres

---

[1]) Motive zum preuß. Entwurf S. 100.

[2]) Nomina ipso jure sunt divisa. — Das preuß. Landrecht stimmt hinsichtlich des Eintrittes der solidarischen Verpflichtung mit dem Art. 269 überein, nicht aber auch hinsichtlich der solidarischen Berechtigung. Preuß. Landr. I, 5, §. 424: „Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und demselben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften". Dagegen bestimmt der §. 450 ebendas. (I, 5): „Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben". Vgl. Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechtes Bd. I §. 62 und 63.

beitrage, wenn der Gläubiger nicht genöthigt sei, statt Eines Schuldners mehrere, jeden zu seinem Antheile, zu belangen. Es sind demnach lediglich Nützlichkeitsgründe, auf welchen die Bestimmung beruht [3]). Hinsichtlich der Solidarverpflichtung (passive Solidarität) kehrt dieselbe in allgemeinerer Fassung im Art. 280 wieder, auch sind die Vorschriften des Art. 281 über den Wegfall der Einrede der Theilung oder der Vorausklage auf die solidarische Verpflichtung bei der partikularen Gesellschaft anzuwenden.

Daß die Bestimmungen des Art. im Wege des Vertrages mit dem dritten Kontrahenten abgeändert werden können, wurde bei der Berathung als selbstverständlich vorausgesetzt und nur aus diesem Grunde die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber abgelehnt [4]).

Art. 270.

Nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäftes muß der Theilnehmer, welcher dasselbe führte, den übrigen Theilnehmern unter Mittheilung der Belege Rechnung ablegen.

Er besorgt die Liquidation.

Preuß. Entw. Art. 210. — I. Entw. Art. 232. — II. Entw. Art. 253. — Prot. S. 402 f., 498, 1076, 4554.

Für die Auslegung und Ergänzung dieses Schlußartikels bieten die Berathungen der Nürnberger Kommission nach zwei verschiedenen Richtungen hin nicht unwichtige Anhaltspunkte.

1) Der preuß. Entw. (Art. 210) enthielt die Bestimmung, daß der geschäftsführende Theilnehmer berechtigt sei, für die Geschäftsbesorgung eine Vergütung zu verlangen. Für diesen Anspruch spricht der Umstand, daß das gemeinschaftliche Verhältniß an sich keinen der Theilnehmer zur

---

[3]) Die Annahme der Bestimmung erfolgte erst, nachdem die kaufmännischen Mitglieder der Nürnberger Kommission ihre Erinnerungen dagegen zurückgezogen und sich aus Nützlichkeitsgründen für dieselbe ausgesprochen hatten (Prot. S. 495, 496). Die gegen die Solidarität sprechenden Gründe s. in den Protokollen S. 397 bis 399. Auch die in der vorigen Anmerkung angeführte Bestimmung des preuß. Landrechtes (I, 5, §. 424) beruht nur auf Nützlichkeitsgründen, s. Förster a. a. O. §. 62.

[4]) Protok. S. 498. Vgl. auch Art. 280 a. E. und S. 243 (Art. 112) dieses Bandes.

*

Geschäftsführung für die übrigen verpflichtet. Die Bestimmung wurde jedoch abgelehnt, nachdem von einigen kaufmännischen Kommissionsmitgliedern dagegen geltend gemacht worden war, daß die Bewilligung einer Provision für die Geschäftsführung zwar an vielen Orten üblich, an anderen Orten dagegen nicht üblich sei, und daß es daher am zweckmäßigsten erscheine, es bei den bestehenden Gebräuchen zu belassen und die vorgeschlagene Bestimmung zu streichen [1]).

2) Zur dritten Lesung war der Antrag gestellt worden, dem Art. 270 einen ähnlichen Zusatz wie in Art. 160 Abs. 3 und Art. 253 Abs. 2 hinzuzufügen [2]). Auch dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil die im Art. dem geschäftsführenden Theilnehmer auferlegte Pflicht der Rechnungslegung den übrigen genügenden Schutz gewähre, andererseits aber auch die in dem Antrage erwähnte Befugniß des Richters selbstverständlich sei und ein argumentum e contrario zu ferne liege.

---

[1]) Protok. S. 498. Vgl. das Erk. des Hamburger Handelsgerichtes v. 16. Juli 1862 in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VII S. 469.

[2]) Erinnerung Nr. 251 (Hamburg): „Uebrigens kann der Richter auf Antrag der übrigen Theilnehmer, falls dringende Gründe dazu vorliegen, die Ertheilung einer Abrechnung oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen". Protok. S. 4554.

Anschütz, August,

Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechtes

Bd.: 2

Erlangen 1870